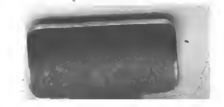
image
not
available

<36611748940016



Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Hofgerichtsräthe **Stempf**, **Haager**, **Brauer**, **Ottendorff**, sodann des Herrn Obergerichtsadvokaten **Dr. Ladenburg** und des Herrn Hofgerichtsassessors **Dr. Puchelt** nebst anderen Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Zweiundzwanzigster Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1855.

Register

zum XXII. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Erläuterungen:

a. Des Landrechts.

b. Der bürg. Prozeßordnung.

c. Des Strafgesetzbuches.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 1. Mannheim, 1. Januar 1855.

I.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeßordnung.

IX. Zustellung an einen Grundherrn zu Handen seines Rentamtmanns
1) als dessen Bediensteten und
2) als dessen Generalbevollmächtigten. —

Zulässigkeit der Bestellung eines Einhändigungsgewalthabers. Form derselben.

Pr.O. §. 248. 266 — 268.

Ein Rechtsfall.

Der Beklagte, Freiherr von A., wurde von dem Kläger, einem Zimmermeister von H., auf Zahlung von 188 fl. belangt, weil Ersterer nach Behauptung des Klägers ungeachtet einer am 11. Juli 1854 demselben zugestellten amtlichen Beschlagsverfügung, welcher sodann auch die endgültige Zuweisung an Zahlungsstatt nachgefolgt war, dem Conservator L. in H., dessen Guthaben für gelieferte Hirschköpfe und Geweihe im genannten Betrag in der Zeit zwischen der Beschlagsverfügung und der gerichtlichen Zuweisung ausbezahlt hatte.

Von Seiten des Beklagten wurde nicht blos in Abrede gestellt, daß das fragliche Guthaben schon zur Zeit der Beschlagsverfügung bestand, indem der spätere Eintritt des Kaufes unter der Bedingung der Baarzahlung behauptet wurde, sondern es wurde auch vor allem die gesetzmäßige Zustellung der Beschlagsverfügung bestritten, weil dieselbe nicht dem Beklagten selbst, sondern nur dem Rentamtmann H. in Abwesenheit des Ersteren zugestellt wurde, mithin unwirksam sei, da dieser Rentbeamte nur in Sachen, die sich auf die Grundherrschaft beziehen, Generalvollmacht vom Beklagten und das Recht ihn zu vertreten habe, hier aber keine solche Sache vorliege und der Rentbeamte auch nicht zu den in Pr.O. §. 248 genannten Personen, nemlich zur Familie oder zum Gesinde des Beklagten gehöre.

Aus diesem Grunde verweigerte auch der Beklagte die Ausschwörung des ihm über die zuerst beabredete Thatsache zugeschobenen Haupteides. Es erfolgte hiernach ein unterrichterliches Erkenntniß nach Begehren des Klägers.

Im zweiten Rechtszug, wohin die Sache durch die Appellation des Beklagten gelangte, drehte sich nach dieser Sachlage der Streit lediglich um die Frage: ob die Zustellung der Beschlagsverfügung an den Rentamtmann H. in Abwesenheit des Beklagten eine gesetzmäßige und wirksame war?

In der Appellationsbeschwerde wurde noch weiter geltend gemacht, daß der genannte Rentamtmann gar nicht mit dem Beklagten im nämlichen Hause wohne, und der Beklagte in seinem Hause Gesinde, namentlich eine Haushälterin, zurückgelassen habe. Letzteres wurde von Seiten des Klägers für unrichtig erklärt, zugleich aber die nähere Behauptung aufgestellt, daß Rentamtmann H. (an welchen „als Bevollmächtigten des Beklagten" nach Inhalt der schon in der Klage angeführten Bescheinigung des Gerichtsboten in Abwesenheit des Beklagten die Zustellung geschehen war) laut einer in Abschrift vorgelegten Generalvollmacht nicht blos für grundherrliche Rechte, sondern auch für andere Angelegenheiten des Beklagten allgemein als Bevollmächtigter aufgestellt worden sei.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises entschied zu Gunsten des Beklagten abändernd, daß der Kläger mit Verfällung in die Kosten abzuweisen sei, indem dasselbe obige Frage verneinte.

Es zog hiebei, was die Vorschrift der Pr.O. §. 248 betrifft, in Erwägung, daß die Zustellung an den Rentbeamten überhaupt und namentlich im vorliegenden Falle, wo es sich um eine Verfügung von solcher Bedeutung wie die Beschlagnahme einer Forderung und deren Folgen handelt, als eine gesetzlich genügende nach Maßgabe des Pr.O. §. 248 (womit §. 25 der Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten zu vergleichen ist) nicht angesehen werden kann, da ein Rentbeamter, selbst wenn er mit dem Dienstherrn das nämliche Haus bewohnt, was nicht einmal behauptet werden konnte, nicht als zum Gesinde desselben gehörig betrachtet werden kann, und ein solcher Beamter, wenn er auch von einer Seite zur Besorgung von jederlei Geschäften seines Dienstherrn sogar weit befähigter erscheinen mag, als so mancher Dienstbote von geringer Geschäftsbefähigung, immerhin auf der anderen Seite der in Bezug auf Besorgung von Zustellungen so wesentlichen Eigenschaft des Dienstboten entbehrt, daß Letzterer nach Beschaffenheit seines häuslichen Dienstes zu jeder Zeit in der Lage und verpflichtet ist, Bestellungen jeder Art an seine Dienstherrschaft ohne Verzug und sicher zu besorgen. Demgemäß nahm das Obergericht an, daß die Bestimmung des Pr.O. §. 248, welche überhaupt nicht ausdehnend erklärt werden darf, auf den Rentbeamten eines Grundherren keine Anwendung erleide.

Diese Ansicht wird als vollkommen richtig anerkannt werden müssen, obgleich es bei dem ersten Anblick dem gemeinen Menschenverstand wohl etwas befremdend vorkommen mag, daß die Zustellung an den höheren Bediensteten nicht soviel gelten soll, als die an den niedereren *).

Was die behauptete Generalvollmacht betrifft, so ging der Gerichtshof von der Ansicht aus, daß dieselbe, wenn sie auch nachgewiesen werden könnte, für die Entscheidung der Sache ohne Belang sein würde, weil einerseits der Eingang „wir unterzeichnete Grundherren von A." und der Umstand, daß zwei Freiherren von A. unterzeichnet erschienen, darauf deute, daß die Vollmacht nur auf grundherrliche Angelegenheiten zu beschränken sei, andererseits jedenfalls nach Inhalt dieser Vollmachtsurkunde nicht angenommen werden könnte, daß hiedurch der Rentbeamte auch die Befugniß erlangt habe, die Eröffnung einer Beschlagnahme, wodurch erst Verpflichtungen der wichtigsten Art für den Vollmachtgeber erwachsen können, wirksam für den Beklagten hinzunehmen, da hier kein solches gerichtliches oder außergerichtliches Geschäft in Frage stehe, wie die Unterzeichner der Vollmacht bei Ausstellung derselben im Sinne hatten, und auch die Urkunde keineswegs in der für die Bestellung von Eröffnungsgewalthabern vorgeschriebenen öffentlichen Form (P.O. §. 268) ausgestellt sei.

Demgemäß hielt der Gerichtshof weitere Verhandlungen und Erhebungen in Betreff der erwähnten Generalvollmacht für überflüssig und gab sofort das oben angeführte Erkenntniß.

Dieser zweite Theil der obergerichtlichen Entscheidung, beziehungsweise ihre Begründung, möchte indessen einigen Bedenken Raum geben. Da hiebei Fragen von practischer Bedeutung in Betracht kommen, sollen jene Bedenken hier kurz erörtert werden.

Nach meinem Dafürhalten war die mehrerwähnte Generalvollmacht, sofern sie nachgewiesen werden konnte, doch wohl nicht ohne Belang.

1) Was zunächst die angenommene Beschränkung der Vollmacht auf grundherrliche Sachen betrifft, so war dieselbe nach Fassung und Inhalt der Urkunde wohl nicht genügend gerechtfertigt.

Die Urkunde lautete nämlich im Wesentlichen so:

„Wir unterzeichnete Grundherren von A. ertheilen hiemit unserem neu ernannten gemeinschaftlichen Rentamtmann Herr H. zu A. die unumschränkte Vollmacht, uns in allen für und gegen uns aufkommenden Rechtsangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten und behufs dessen namentlich Schuldner vor Gericht zu laden, deren Einwendungen zu beantworten, Eide zuzuschieben, anzunehmen und zurückzuschieben, Zeugen einvernehmen zu lassen, Urtheile anzuhören und zu empfangen, Vergleiche zu schließen, Arreste zu erwirken und aufzuheben, Versteigerungen und hypothekarische Einschreibungen nachzusuchen, Pfandstriche zu bewilligen, kurz: alle zur Führung, Fortsetzung und Beendigung unserer Rechtsstreite erforderlichen Handlungen vorzunehmen, auch Anwälte

*) In Weizler's Motiven zu §. 261 und ff. der alten Pr.O. ist bemerkt, die Eröffnung geschehe hilfsweise an die nächsten Familien- oder Hausangehörigen oder in deren Ermanglung an den Ortsvorsteher zur Besorgung. Vrgl. auch Reichskammergerichtsordnung von 1555, I., tit. 38, §. 16. (der Hausfrau oder einem der Ehehalten.) Wegen der Befugniß der Rentämter zur Vertretung der Dienstherrschaft in deren Prozessen vergl. Annalen J. I. S. 395.

D. E.

und Substituten zu bestellen, Rechtsmittel einzulegen und fortzusetzen. — —

Es soll diese Generalvollmacht ferner auch in allen jenen Fällen Wirkung haben, in denen nach §. 145 der Pr.O. *) Vollmacht erforderlich wäre. Sodann soll diese General- und Specialvollmacht sich nicht nur auf eigentliche Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten erstrecken, sondern auch auf alle vorkommenden Administrationsangelegenheiten der Herren Vollmachtgeber und namentlich auch u. s. w. — —

Es soll diese Vollmacht sowohl für das In- als Ausland unbedingte Geltung haben. Dessen zur Urkunde haben wir u. s. w.

(Es folgen nun nebst dem Datum die zwei Unterschriften mit Beurkundung der Aechtheit derselben durch das großh. Amtsrevisorat in gewöhnlicher Form.)

Diese Vollmacht erscheint als eine so umfassende und unbeschränkte **), sie ist an verschiedenen Stellen, theils allgemein, theils im Einzelnen, so bestimmt und unbedingt auf jederlei Rechtssachen, gerichtliche und außergerichtliche ohne Unterscheidung zwischen grundherrlichen und anderen Sachen gestellt, daß sie gemäß L.R.S. 1987 ohne Verstoß gegen die bekannte Auslegungsregel des L.R.S. 1163 (wonach Verträge, so allgemein die gebrauchten Ausdrücke sein mögen, sich gleichwohl nur auf solche Sachen beziehen, worüber erweislich die Betheiligten zu unterhandeln Willens waren) auch auf andere als grundherrliche Sachen im engeren Sinne zu beziehen ist. Daß die 2 Unterzeichner sich im Eingang Grundherren nennen und ihren gemeinsamen Beamten und Geschäftsführer in einer gemeinschaftlichen Urkunde bevollmächtigen, vermag, wie mich bedünkt, die angenommene Beschränkung nicht zu rechtfertigen. Wenn Vollmachten nach Maaßgabe der in L.R.S. 1988 und 1989 kund gegebenen Grundsätze nicht ausdehnend erklärt werden dürfen, vielmehr streng auf ihren ausgedrückten Inhalt zu beschränken sind, so müssen doch sonst bei der Auslegung derselben die allgemeinen Regeln rechtlicher Auslegung in Anwendung kommen, wie unsere Gesetzgebung in L.R.S. 1989 a und Pr.O. §. 137 noch besonders zu erkennen gegeben hat; es entscheidet der aus der Urkunde zu erkennende Willen der Betheiligten nach Maaßgabe der Landrechtssätze 1156, 1156 a und folgende; eine weitergehende, besonders beschränkende Auslegung der Vollmachten, wie solche allerdings bisweilen angenommen wird, findet im Gesetz und in dem Wesen des Vollmachtsvertrages keine Rechtfertigung *).

Daß Rentamtmann H. auf den Grund obiger Vollmacht schon häufig Privatsachen manigfacher Art für seine Vollmachtgeber besorgt hat, möchte ich, die Richtigkeit der Urkunde vorausgesetzt, keinen Augenblick bezweifeln. Bei der öfteren Abwesenheit der Grundherren vom Sitz ihrer Grundherrschaft, wo gemäß L.R.S. 102 a ihr gesetzlicher Wohnsitz ist, erscheint auch jenes Auftragsverhältniß als ein sehr natürliches. Aus der Beurkundung des Gerichtsboten ergibt sich auch (bis auf etwaigen Nachweis des Gegentheils), daß der Rentbeamte die fragliche Zustellung nicht zurückgewiesen, sondern angenommen hat, was zwar für das Vorhandensein der Ermächtigung selbst nicht entscheidend sein kann, aber immerhin bestätigt, wie sich der Rentbeamte selbst seine Vollmacht auffaßte, und was jedenfalls den etwaigen Einwurf beseitigt, daß ein Bevollmächtigter nicht gezwungen werden könne, von seiner Vollmacht, die ihn nur zur Vertretung ermächtigt, im einzelnen Falle Gebrauch zu machen **), L.R.S. 1108 b.

2) Sieht man aber von der bisher besprochenen Be-

*) Neue Pr.O. §. 138.

D. E.

**) Ueber die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Generalvollmachten überhaupt (oder besser Universalvollmachten) ist zu vergleichen: Annalen J. I. S. 64, S. 273 (dagegen S. 170), ferner oberhofgerichtliche Jahrbücher Band VII., S. 301, Erläuterungen Band I, S. 712. Im gemeinen Recht wollten Manche die Zulässigkeit allgemeiner Vollmachten auf sämmtliche, einen gewissen Gegenstand oder Gegner betreffende Rechtshändel beschränken. Heffter, Civilprozeßrecht, §. 185. Man vergleiche jedoch hierüber und insbesondere auch über die s. g. Clausel „cum libera". Bayers, Civilprozeß S. 207 — 211, Danz, ordentl. Prozeß §. 136, Thibauts Pandekten (Prozeß) §. 1164, Lauterbach, colleg. pandect. L. III. 3 §. 6 — 10. auch Jüngst. Reichsabschied §. 101.

D. E.

*) Von der blos in allgemeinen Ausdrücken gegebenen Vollmacht, mandatum generale in dieser Bedeutung, von welchem Zachariä in §. 413 seines Handbuches spricht, ist das Universalmandat wohl zu unterscheiden, §. 412 eben dort und Bayers Civilprozeß a. a. O. Von ersterer handelt L.R.S. 1988 vom Universalmandat aber L.R.S. 1987.

**) Vrgl. die in den oberhofgerichtl. Jahrbüchern, n. F. Band VII. S. 465 ausgesprochene Ansicht.

D. E.

schränkung des Wirkungskreises der Vollmacht ab, so dürfte es mit Grund überall nicht zu bezweifeln sein, daß auch die Annahme der Zustellung einer Beschlagsverfügung unter die obigen Bestimmungen der Vollmacht fällt.

Da die Vollmacht auf jederlei Rechtssachen, gerichtliche und außergerichtliche, ja sogar auf Anhörung von Urtheilen u. s. w. gerichtet ist, so muß auch der Empfang der fraglichen Zustellung einer Beschlagsverfügung, der eine gerichtliche Handlung gleichwie der Empfang so mancher anderen Zustellungen darstellt, und weit weniger folgenreich ist, als z. B. die Eröffnung einer bedeutenden Klage, Widerklage oder Einsprache, nothwendig darunter fallen. *)

3) Durch die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften hat die Vollmachtsurkunde sicheres Datum und im Wesentlichen, bezüglich der Aechtheit der Unterschriften, die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde erlangt. Nach einer sehr allgemeinen Uebung begnügt man sich, wo das Gesetz Vollmachten in öffentlicher Urkunde verlangt, gewöhnlich mit einer solchen Beglaubigung und es erscheint wohl diese Uebung, deren Zweckmäßigkeit in practischer Hinsicht sich nicht wohl verkennen läßt, auch keineswegs gesetzwidrig, da ja das Gesetz nach seinem Grund und Zweck nur auf eine öffentlich beurkundete Vollmacht zu beziehen ist, eine Beglaubigung der fraglichen Art aber die erforderliche Gewähr für die Aechtheit der Urkunde vollkommen genügend darbietet. Auch in anderen deutschen Staaten gilt wohl, nach zahlreichen Wahrnehmungen im gerichtlichen Verkehr zu schließen, die gleiche Uebung. (Vrgl. auch die bürgerliche Prozeßordnung für Hannover §. 70 und §. 141.)

Wenn daher eine Vollmacht in öffentlicher Form im Hinblick auf die Vorschrift des Pr.O. §. 268 schlechthin erforderlich erscheinen sollte (was mir gegenüber der allgemeinen Bestimmungen über Verträge und über Vollmachten keineswegs so ganz ausgemacht scheint, insofern jener §. 268 eine besondere *), ursprünglich auf Ausländer, beziehungsweise im Ausland wohnende Partheien beschränkte, später auf Streitgenossen ausgedehnte Bestimmung enthält) so würde auch diese Erforderniß in unserem Falle in genügendem Maaße vorhanden sein.

4) Was die Zulässigkeit von Einhändigungsgewalthabern betrifft, ist freilich schon bei unseren Gerichten die Ansicht geltend gemacht worden, daß solche Personen, denen das Gesetz nicht zur Pflicht macht, einen Einhändigungsgewalthaber zu bestellen, auch nicht das Recht haben, einen solchen wirksam zu bestellen (vrgl. Annalen Jahrg. XXI. S. 193), allein es dürfte diese Ansicht, welche dem allgemeinen Grundsatz des L. R. S. 1987 widerstreitet und die Freiheit der Parteien ohne Noth beschränkt, ebensowenig in den Gesetzen einen sicheren Anhaltspunkt finden, als dem Gebot der Zweckmäßigkeit entsprechen. Auch auf die persönliche Eröffnung oder Zustellung gewisser Verfügungen, sowie auf jede andere im Gesetz nicht besonders ausgenommene Berechtigung können die Parteien Verzicht leisten, wie schon Weiler in den Motiven zu Pr.O. §. 261 ff. mit Recht angedeutet hat. (Er bemerkt dort, es stehe den Ausländern auch frei, dem Anwalt selbst eine ausgedehnte Specialvollmacht zu geben und so auf die vom Gesetz ihnen angerathene Controle zu verzichten.) Vrgl. Bayers Civilprozeß S. 207 — 211 und die oben (in der dritten Note) angeführten anderen Schriftsteller, ferner besonders

---

*) Wäre die erwähnte Generalvollmacht, welche zwischen grundherrlichen und persönlichen Rechtsangelegenheiten der Aussteller überall nicht unterscheidet, vor dem 11. Juli 1854 zu den Akten gebracht gewesen, so würde die an jenem Tage dem Rentbeamten gemachte Zustellung wohl so angesehen werden können, als sei sie dem Beklagten selbst geschehen.

In Ermanglung einer vermutheten oder bei Gericht vorgelegten Vollmacht war aber der Rentbeamte nicht befugt, Zustellungen für den Beklagten anzunehmen.

Auf den nachträglichen Beweis, daß sich der Rentbeamte im Besitze einer maaßgebenden Generalvollmacht befindet, kann nichts ankommen, da er sich vor der Zustellung vom 11. Juli 1854 dem Gerichte nicht als Bevollmächtigter oder Gewalthaber des Beklagten dargestellt hatte. Diese Zustellung würde gegen den Beklagten nur dann wirksam sein, wenn sich aus nachgefolgten Handlungen desselben entnehmen ließe, daß er sie als ihm selbst geschehen, anerkannt hat. Von dergleichen Handlungen ist aber nicht die Rede.

D. R.

*) Unsere Prozeßordnung hat den Grundsatz, daß alle Vollmachten der öffentlichen Beglaubigung bedürfen, nicht aufgestellt, wo aber mehrere Streitgenossen, oder im Ausland wohnende Partieen betheiligt sind, ist wohl zu besonderer Fürsorge besonderer Grund gegeben. Indessen ist es meine Absicht nicht, den obigen Satz, für den wohl ebenfalls der Sache nach gute Gründe zu sprechen scheinen, weiter zu bestreiten.

Nach Pr.O. §. 161 findet jetzt die Aufforderung zur Bestellung eines Einhändigungsgewalthabers auch bei öffentlichen Vorladungen jeweils Statt. Dieser Fall steht übrigens dem Fall des §. 266, wenn nicht gleich, doch sehr nahe.

D. E.

die bürgerl. Prozeßordnung für Hannover §. 141 und 121.

Es liegt gewiß nicht im Sinne unseres Prozeßgesetzes, daß Ausländer (beziehungsweise im Auslande wohnende Personen) hinsichtlich der Befugniß sich nach Bedarf durch einen Einhändigungsgewalthaber vertreten zu lassen, ein größeres Recht haben sollten, als Inländer. *)

Eine derartige über das Bedürfniß hinausgehende, den Parteien aufgedrungene Fürsorge scheint mir immer ein Uebel zu sein, ein doppeltes Uebel aber dann, wenn sie durch eine gewagte, künstliche Auslegung erst in das Gesetz hineingetragen wird.

Eduard Brauer.

II.

Studienkosten werden zwar nicht eingeworfen; die Vergütung derselben an den Vater enthält aber gleichwohl die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit. Art. 852. 1235. Abs. 2.

Die Ehefrau des Amtschirurgen Schaible in Offenburg starb im Dezember 1844 mit Hinterlassung von 2 Söhnen. Es wurde damals das Vermögen aufgenommen, welches sich auf 35,859 fl. 44 kr. belief. Nach der Ersatzberechnung gebührte davon

der Verstorbenen, resp. ihren Kindern,	25,335 fl. 46½
dem überlebenden Ehemann . .	10,523 fl. 57½
	35,859 fl. 44 kr.

Von den beiden Söhnen widmete sich der Eine, Karl Heinrich Schaible, den Studien, besuchte vom Jahr 1840—42 das Lyceum in Rastatt; 1842 ging er auf die Universität nach Freiburg, wo er bis 1844 Medicin studirte, von 1844 bis 1847 besuchte er die Universität in Heidelberg, dann ging er nach Straßburg, um die dortige Klinik zu besuchen. Da hieraus sehr große Ausgaben erwuchsen, so kam zwischen Vater und Sohn unterm 25. April 1848 ein Uebereinkommen zu Stande, wornach dem jungen Schaible die, für ihn von seinem Vater gemachten Ausgaben auf den Erbtheil seiner Mutter angerechnet, der Rest ihm baar ausbezahlt wurde. Dagegen cedirte dieser seinem Vater sein mütterliches Erbtheil, sowohl an beweglichem wie an unbeweglichem Vermögen, in einer Urkunde, welche vom 25. April 1848 datirt ist und am 21. Juli 1848 von einem Notar beglaubigt wurde. Den 22. Juli 1848 wurde sie ins Grundbuch der Stadt Offenburg eingetragen.

Erst 4 Jahre später erhob der großh. Fiskus eine Klage gegen den Amtschirurgen Dr. Schaible und dessen Sohn Ludwig Schaible, worin er vortrug, Karl Schaible sei durch Erkenntniß vom 24. September 1851 verurtheilt worden, wegen Theilnahme an der Revolution vom Jahr 1849 den der Staatskasse durch diese herbeigeführten Schaden von 105,488 fl. zu ersetzen.

Der großh. Fiskus, welcher hiernach Gläubiger des K. Schaible sei, könne nach Art. 1166 dessen Rechte ausüben. Nun sei diesem im Jahr 1844 durch den Tod seiner Mutter eine Erbschaft angefallen, welche noch ungetheilt sei. Er beantrage daher die Theilung der in der Erbmasse befindlichen Liegenschaften.

Die Beklagten gaben den Anfall der Erbschaft zu, machten aber einwendend die Cession vom 25. April 1848 geltend, worauf replicando erwidert wurde, diese Urkunde sei nichtig, weil sie nur zum Schein und zur Gefährde der Gläubiger abgefaßt worden sei.

Der Richter erster Instanz nahm zwar auf diese Einwendung gegen die Urkunde vom 25. April 1848 keine Rücksicht, weil der großh. Fiskus zu der Zeit, als die Urkunde abgefaßt wurde, nicht Gläubiger war, hielt sie aber gleichwohl für unwirksam, weil sie eine Schenkung enthalte und daher, weil nicht in öffentlicher Form abgefaßt, nach Art. 931 nichtig sei.

Auf ergriffene Appellation bestätigte das großh Hofgericht aus folgenden Gründen:

1. Der großh. Fiskus klagt auf den L.R.S. 1166 gestützt. Er ist nach dieser Gesetzesstelle befugt, die Rechte und Klagen des Karl Schaible, als seines Schuldners, geltend zu machen. Diese Art der Geltendmachung von

*) Auch die Bestimmung des Pr.O. §. 345 und 611 steht meines Erachtens der fraglichen Befugniß nicht im Wege, und ebensowenig eine sonstige Bestimmung unsres Prozeßgesetzes.

Uebrigens hat gemäß Pr.P. §. 261, verglichen mit §. 258 jeder Landstreicher ebenfalls die Befugniß, einen Einhändigungsgewalthaber zu bestellen, warum sollte ein ordentlicher Bürger, den etwa sein ehrliches Geschäft öfters dahin und dorthin im Lande umhertreibt, das Recht nicht haben? muß er sich erst für einen Landstreicher erklären (Pr.O. §.258. Ziff. 2), um des Vorrechtes theilhaftig zu werden?

D. E.

Rechten seines Schuldners hat die nothwendige Folge, daß dem Kläger auch alles entgegengehalten werden kann, was dem Karl Schaible selbst hätte entgegengehalten werden können. Ebenso, daß er Rechtsvorgängen, bei welchen Karl Schaible mitwirkte, nicht die darin liegende Gefährde für die Rechte der Gläubiger entgegengehalten, und somit gegen die in Frage stehende Vermögensübertragung keine Angriffsmittel aus L.R.S 1167 entnehmen kann.

Dagegen steht der Cessionsurkunde vom 25 April 1848, deren Aechtheit übrigens nicht vom Kläger anerkannt worden ist, wie der Unterrichter angenommen hat, sondern ausdrücklich im Protocoll vom 10. Mai 1852 beabredet wurde, die Natur und das Wesen des darin beurkundeten Rechtsgeschäfts entgegen.

Wenn in der Urkunde, ihre Aechtheit einstweilen vorausgesetzt — dem Amtschirurgen Dr. Schaible das ganze mütterliche bewegliche und unbewegliche Vermögen mit allen Rechtszuständigkeiten als wahres Eigenthum überlassen und dabei bescheinigt wird, daß der Werth dafür theils baar, theils durch Zahlung außerordentlicher Studien- und weiterer Ausbildungskosten richtig von Karl Schaible erhalten worden sei, so trägt jene Uebergabe des Zusatzes ungeachtet, die Merkmale einer Schenkung unter Lebenden.

Dieser Zusatz, dessen Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit nicht näher erwogen, dessen Wahrheit oder Unwahrheit nicht erhoben zu werden braucht, erscheint als Beweggrund, nicht als Rechtsgrund der Ueberlassung. Es ist nirgends ein vertragsmäßiges, den Karl Schaible bindendes Verhältniß zu entnehmen, wodurch der fraglichen Rechtshandlung der Charakter einer Schenkung entzogen würde. Liegt aber solche vor, so war nicht nur für die Annahme, sondern für die Schenkung selbst eine öffentliche Verbriefung nach L.R.S. 931 bei Strafe der Nichtigkeit geboten.

Da dies fehlt, so ist eine Herstellung der Aechtheit der fraglichen Urkunde nicht mehr nothwendig, da sie auch als ächte Privaturkunde die Schenkung nicht aufrecht erhalten könnte.

Sonach mußte ein bestätigendes Erkenntniß ergehen, und der appellantische Theil nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. in die Kosten des zweiten Rechtszuges verfällt worden.

Auf ergriffene Oberberufung erließ das großh. Oberhofgericht den 29. Nov. 1853 ein Beweiserkenntniß aus folgenden Gründen:

Als Gläubiger des Karl Schaible für eine im J. 1848 entstandene, dessen Vermögen bei weitem übersteigende Entschädigungsforderung und zum Zweck ihrer dereinstigen Berichtigung verlangt die großh. Generalstaatskasse die Theilung der ihrem Schuldner bei dem Tode seiner Mutter im Jahr 1844 anerfallenen, noch im ungetheilten Besitz der beiden Beklagten befindlichen Liegenschaften.

Dieses Begehren ist nach Ansicht der L.R.S. 1166, 815 und 2205 eben so rechtlich begründet, als die demselben unterstellten Thatsachen bewiesen, beziehungsweise eines weitern Beweises nicht bedürftig sind, indem die solidarische Haftbarkeit des Carl Schaible für den dem Staate durch die Revolution vom Jahr 1849 zugefügten Schaden gerichtskundig, der behauptete Erbanfall aber und die noch nicht erfolgte Theilung der anerfallenen Liegenschaften zugestanden ist. Aber auch die aus der so betitelten „Cessionsurkunde" vom 25 April 1848 hergenommene Einrede, daß Karl Schaible sein ganzes mütterliches Vermögen, insbesondere die hier in Frage stehenden Liegenschaften an seinen mitbeklagten Vater eigenthümlich abgetreten habe, mußte für begründet erachtet werden.

Der Rechtsgrund dieser Abtretung war hiernach der zugleich bescheinigte Empfang des Werths, theils in baar, theils in Anerkennung der für Karl Schaible aufgewendeten außerordentlichen Studien- und höheren Ausbildungskosten. Wäre Karl Schaible hinsichtlich der Letztern wegen der Bestimmung des L.R.S. 852 auch zur Wiedererstattung an seinen Vater, beziehungsweise zur Einwerfung, seinem Bruder gegenüber, rechtlich nicht verpflichtet gewesen, so ließe sich, ganz abgesehen davon, daß die außerdem noch geleisteten Baarzahlungen unter diesen Gesichtspunkt nicht fallen würden, dennoch nicht behaupten, und ist auch klagender Seits nicht behauptet worden, daß die Uebereinkunft vom 21. April, resp. 22. Juli 1848 eine verschleierte Schenkung darstelle, welche aus Abgang der öffentlichen Beurkundung nichtig sei. Denn der Ersatz eines derartigen außerordentlichen Aufwandes erscheint immerhin als die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit, der, wenn einmal geleistet, nicht wieder zurückgefordert werden kann.

L.R.S. 6g. 1235 Abs. 2.

Da nun zwar die Privaturkunde vom 21. April 1848 durch den ihr unten beigefügten Notariatsact vom 22.

Juli 1848 ein sicheres Datum erhalten hat, L.R.S. 1328, die widersprochene Aechtheit derselben dagegen durch die blos gutachtliche Meinungsäußerung des Notars nicht hergestellt wird, so war vor allem dem Beklagten der Nachweis der Aechtheit aufzutragen.

Für den Fall, daß dieser Beweis erbracht wird, mußte sodann, weil es bis jetzt nicht geschah, gleichzeitig auf den Beweis der von der Klägerin behaupteten Simulation erkannt werden.

Ein Endurtheil ist nicht ergangen, da die Parteien sich verglichen haben.

Dr. Ladenburg.

III.

Der beendigte Versuch.

§. 107 St.G.B.

Annalen XVIII. S. 199 ff. XX. S. 65 ff. 225.

Jakob Kleiser von N. war beschuldiget, daß er am 25. Dezember v. J. Vormittags während des Gottesdienstes dem Accisor Augustin Dilger daselbst mit dem bestimmten Vorsatze ihn zu tödten und mit Vorbedacht einen Messerstich gegen den Bauch versetzt und hiebei Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war, jedoch der tödtliche Erfolg durch andere dazwischen getretene Umstände, welche ihren Grund nicht in seinem Willen noch in seiner eigenen Handlungsweise hatten, abgewendet worden ist. Kleiser ging nämlich in die vereinzelt stehende Wohnung Dilger's, während die übrigen Hausgenossen in der Kirche sich befanden und Dilger allein zu Hause war. Kleiser forderte, seine rechte Hand fortwährend in dem Rocke zwischen den Knopflöchern haltend, in drohendem Tone von Dilger Geld und er sagte, er rathe ihm, daß er ihm Geld gebe. Dilger, der während einer mehrjährigen Abwesenheit Kleiser's in Amerika, dessen Abwesenheitspfleger und Vermögensverwalter war, erwiederte ihm, daß er über seine Verwaltung Rechnung gestellt habe, und daß er ihm hiernach nichts mehr schuldig sei. Auf die wiederholte Weigerung Dilger's, ihm Geld zu geben, that Kleiser unter der Aeußerung, daß es nun aus mit ihm sei, einen großen festen Schritt gegen Dilger, der im Zimmer auf- und abging. Zugleich zog Kleiser seine rechte Hand aus dem Rocke, holte mit dem Arme aus und führte mit größter Kraft einen Stoß gegen die Brust oder den Bauch Dilgers. Dieser fiel ihm mit beiden Händen und der Wucht des Oberkörpers auf den rechten Arm, faßte ihn mit aller Kraft hinter der Faust und hielt den Kleiser fest. Während dieser Zeit hörte Dilger etwas auf den Boden fallen, und als er dahin blickte, bemerkte er, daß es ein Messer war. Dilger ergriff das Messer, das ihm Kleiser zu entwinden suchte. Dilger konnte sich aber von Kleiser losmachen, und flüchtete sich mit dem Messer in der Hand auf die Straße, wohin ihm Kleiser folgte, der davon springen wollte. Auf den Hilferuf Dilgers wurde Kleiser von einem Nachbarn eingeholt, verhaftet und zu Amt geführt. Daselbst gestand er den ganzen Vorfall, und er legte namentlich auch das Geständniß ab, daß er den bestimmten Vorsatz gehabt habe, den Dilger zu tödten, und daß er mit diesem Entschluß schon einige Zeit umgegangen sei. Dilger war am Körper nicht verwundet, sondern es waren nur an seiner Weste, der Hose und seinem Hemde in der Nabelgegend Einrisse sichtbar. Das angewendete Messer, dessen Klinge etwa einen halben Fuß lang war, und von beiden Seiten bogenförmig in eine Spitze auslief, war scharf geschliffen. Nach dem Gutachten der Gerichtsärzte wurde der Stoß gegen die Nabelgegend mit Kraft geführt, und hätte er, wenn er in die Bauchhöhle eingedrungen, den Tod des Dilger nothwendig zur Folge haben müssen, welcher Erfolg nur durch die kräftige Gegenwehr Dilgers abgewendet worden. Kleiser wurde daher von der Anklagekammer wegen beendigten Mordversuchs in den Anklagestand versetzt. Der Vertheidiger hatte in der Verhandlung bestritten, daß hier ein beendigter Versuch vorliege, während die Staatsbehörde die Ansicht der Anklage durchfocht. Von den Geschworenen wurde in Uebereinstimmung mit der Ausführung des Staatsanwalts die dem §. 107 des Str.G.B. wörtlich entnommene Frage über den beendigten Versuch bejaht, worauf der Schwurgerichtshof zu Konstanz den Jakob Kleiser auf den Grund der §§. 205, 107, 114 Str.G.B. wegen beendigten Mordversuchs in eine Zuchthausstrafe von 12 Jahren verurtheilte.

In einem ähnlichen Falle hat sich das Schwurgericht des Unterrheinkreises in gleicher Weise ausgesprochen. Vgl. Annal. XXI. S. 346.

Hiernach haben sich die Geschworenen aus den entgegen-

gesetzten Theilen unseres Landes gegen die Ausführung in den Annal. XVIII. S. 199 ff., und für die Ausführung in den Annal. XX. S. 65 ff. erklärt, wie dies auch von der Wissenschaft geschah. Vgl. Criminal-Lexikon nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland von Jagemann, fortgesetzt von Brauer unter dem Worte „Versuch" S. 664, woselbst als Beispiel des beendigten Versuchs der Fall angeführt ist, wo das Pistol, welches der Mörder auf sein Opfer abgedrückt, versagt hat. Haager.

IV.

Mittelrheinisches Hofgericht.

Plenar-Beschluß v. 30. November 1854.

Die Appellationsanzeigen vor eröffnetem Urtheile betr.

Da schon einigemal vorgekommen ist, daß Anwälte die Appellation gegen ein Urtheil für den Fall, daß es zum Nachtheil ihrer Partei lauten werde, zum Voraus anzeigen, ehe noch das Urtheil dem Anwalt selbst oder seiner Partei eröffnet ist *), so hat man die Frage berathen, ob eine solche Anzeige berücksichtigt werden könne?

In Erwägung nun, daß eine Partei erst alsdann, wenn ihr oder ihrem Vertreter das Urtheil eröffnet ist, beurtheilen kann, ob und in welchen Bestimmungen dasselbe sie beschwere;

daß es daher in der Natur der Sache liegt, daß sie vorher keine Appellation anzeigen kann, weßhalb auch die Lehrer des gemeinen Rechts eine Appellationsanzeige vor eröffnetem Urtheil als eine blinde bezeichnen, die nicht berücksichtigt werden könne **);

in Erwägung, daß es hiebei keinen Unterschied macht, ob der Richter das Urtheil bereits verfaßt, und die Vorladung zur Verkündung desselben erlassen habe oder nicht, indem auch im ersteren Falle das Urtheil immer noch ein bloser Entwurf ist, den der Richter, so lange die Eröffnung nicht geschah, beliebig wieder abändern kann *);

daß also auch eine nach verfaßtem, aber vor eröffnetem Urtheil geschehene Appellationsanzeige dem Falle gleichsteht, wo schon im Laufe der Verhandlung oder selbst in der Klage erklärt wäre, daß die Partei für den Fall ihres Unterliegens zum Voraus die Appellation, und für den Fall eines ihr nachtheiligen Urtheils zweiter Instanz auch die Oberappellation anmelde; hat sich der Gerichtshof zu der Ansicht vereinigt:

> daß nur diejenige Appellationsanzeige berücksichtigt werden könne, welche erfolge, nachdem das Urtheil der Partei selbst oder doch ihrem Vertreter eröffnet sei.

gez. **Bekk.**

---

*) Es pflegt dieß namentlich häufig in den Fällen zu geschehen, wenn ein auswärts wohnender Anwalt zur Urtheilsverkündung vorgeladen wird, und zur Ersparniß der Reisekosten der Tagfahrt nicht anwohnt, aber dennoch eine fürsorgliche Berufungsanzeige schriftlich einreicht, statt seine Partei aufzufordern, daß sie ihre Rechte durch mündliche Appellationsanmeldung in der Verkündungstagfahrt selbst wahren möge.

D. E.

**) Linde im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 2 und 3 hat vollständig nachgewiesen, daß die abweichenden Bestimmungen des canonischen Rechts, welches auch eine „appellatio a futuro gravamini" ja selbst eine „generalis appellatio super omni gravamine quod in una causa possit inferri" in Clem. 3. 2. 12 und in C. 18 X. 2. 28 zuläßt, in Deutschland nie Eingang gefunden habe.

Vergl. Bayer, Vortr. über den gem. ord. Civilprozeß. VI. Aufl. S. 627. D. E.

*) Bedürfte dieser Satz eines Nachweises, so ergebe er sich aus Pr.O. §. 1121, denn wenn dort dem Richter die Abänderung seines Urtheils oder Zwischenbescheids nach deren Verkündung untersagt ist, so folgt arg. e contr. daraus, daß sie vorher ihm erlaubt sein muß. Der Begriff von Zwischenbescheid ist jedoch nach Maaßgabe von Pr.O. §. 368 wesentlich zu beschränken. — Als solche bindende Verkündung wird man es nicht ansehen können, wenn, wie es öfters geschieht, der Anwalt bei zufälliger Akteneinsicht das Urtheil vor der Verkündungstagfahrt ohne Genehmigung des Richters liest und dieß in die Akten bemerkt. Dadurch wird also auch einer Appellationsanmeldung kein Eingang verschafft werden können. Geschah es mit Bewilligung des Richters, dann ist es eine Art von summarischer Verkündung, welcher man wohl Wirksamkeit einräumen müßte. D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 2.** Mannheim, 7. Januar 1855.

I.

Ueber §. 54 des Bürgerrechtsgesetzes.

Dieser §. wird in der Praxis häufig so verstanden, als ob überhaupt die Gemeindegesetze auf Israeliten nicht anwendbar seien. Das ist aber ein offenbarer Irrthum. Denn §. 54 ist ein Ausnahmegesetz, welches nach bekannten Auslegungsregeln keiner ausdehnenden Erklärung empfänglich ist, vielmehr auf seinen Wortlaut beschränkt werden muß. Nun sagt aber dieses Gesetz: „In Bezug auf die bürgerlichen Rechte der Israeliten findet weder das gegenwärtige noch das Gesetz über Verfassung und Verwaltung der Gemeinden eine Anwendung." Der Nachsatz: „Es bleiben daher die bestehenden Gesetze hinsichtlich ihres Rechtsverhältnisses zu den Gemeinden in Kraft" soll nicht etwas Anderes als der Vordersatz bestimmen, sondern eine Folgerung aus dem Vordersatz ziehen, was durch das Wort „daher" angedeutet wird.

Die Verschiedenheit der Ausdrücke in beiden Sätzen, da nemlich in dem einen Satz von den „bürgerlichen Rechten," in dem andern von dem „Rechtsverhältniß zu den Gemeinden" gesprochen wird, kann keinen Grund zu einer andern Auslegung abgeben, zumal diese Ausdrücke auf den nemlichen Sinn zurückgeführt werden können. Nach dem juristischen Sprachgebrauch bezeichnet nemlich das Wort „Rechtsverhältniß" den Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, mithin würde der in dem Nachsatz gebrauchte Ausdruck dieselbe juristische Bedeutung haben, wie die im ersten Satz gebrauchten Worte, und vielleicht nur gewählt worden sein, um die Wiederholung desselben Ausdrucks zu vermeiden. Die Geschichte der Entstehung dieses §. 54, sowie die damals stattgehabte Diskussion weisen ebenfalls darauf hin, daß man mit diesem §. 54 nicht etwa beabsichtigte, den Israeliten eine besondere Stellung in der politischen Gemeinde anzuweisen, sondern ihnen nicht neue Rechte durch die Gemeindegesetze zu gewähren, ihnen dagegen auch solche Rechte, welche sie nach der ältern Gesetzgebung schon besaßen, nicht zu entziehen. Es handelte sich dabei, wie aus der Diskussion hervorgeht,

1) um die Wählbarkeit zu Gemeindeämtern,
2) um das Ueberzugsrecht, namentlich in solche Gemeinden, in denen bis dahin (1830) noch keine Israeliten wohnten,
3) um die durch das Gesetz ausgesprochene Verwandlung der Schutzbürger in Gemeindebürger, und
4) um die Theilnahme an dem Allmendgenuß.
5) Der Anspruch Bedürftiger auf Unterstützung aus Gemeindemitteln gehört zwar auch hierher, ist aber bei der Diskussion nicht zur Sprache gekommen.

In Bezug auf diese und ähnliche Rechte der Gemeindebürger sollen die Israeliten, sagt §. 54, sich nicht auf die G.O. beziehen können; sie stehen ihnen vielmehr nur dann zu, wenn sie ihnen durch die ältere Gesetzgebung eingeräumt worden sind. Die entgegengesetzte Auslegung wird um so weniger zulässig sein, als sie zu einem Ergebniß führen würde, welches die Anwendung des Gesetzes unmöglich machen würde. Wie sollte es z. B. in Bezug auf die Gemeindeumlagen gehalten werden? Sollten diese, was die christlichen Gemeindebürger betrifft, nach den neuern, und bezüglich der Israeliten nach den ältern Gesetzen regulirt und ausgeschrieben werden? Eine heillose Verwirrung wäre davon die Folge.

Auch hat das großh. Staatsministerium den 22. Januar 1835 entschieden, daß die Bestimmungen der Gemeinde-Ordnung §. 57—81 auf Israeliten anwendbar seien.

Vrgl. Christ Anmerkungen zu den Gemeindegesetzen 2. Aufl. Karlsruhe 1845 ad §. 54 Nr. 2.

Wie soll es ferner bei den Wahlen gehalten werden? Sollen die Israeliten nach den alten Gesetzen ihr Wahlrecht ausüben? Ich glaube nicht, daß es irgend Jemanden beigefallen ist, eine derartige Behauptung auch nur aufzustellen. Wenn ein Israelit in den großen oder kleinen Ausschuß oder in den Gemeinderath gewählt wird, so hat man bezüglich der Eigenschaften des Gewählten die neuen, nie die alten Gesetze zu Rath gezogen; denn nur die Frage, ob ein Israelit überhaupt wählbar ist, fällt unter §. 54, dagegen sind die Bestimmungen, welche das Gesetz rücksichtlich der Eigenschaften des Gewählten aufstellt, objektiver Natur, d. h. sie berühren weniger das Recht des Individuums, um das es sich handelt, als das allgemeine Staats-Interesse. Ebensowenig wird man darüber im Zweifel sein, daß das Verfahren in allen Fällen dasselbe ist, mag es sich im einzelnen Fall von einem Israeliten oder von einem Christen handeln. Für Bürgerannahmen ist über dieß durch eine Entschliessung des gr. Staats-Ministeriums v. 25. April 1839 (Reg.Bl. 1839 S. 142) verordnet worden, daß das in der Verord. v. 17. Juli 1833 bestimmte Instanzen-Verhältniß auch bei Bürgerannahmegesuchen der Israeliten stattfinden soll. Gleichzeitig wurde §. 2 lit. c. der V. v. 17. Januar 1822 (Reg.-Bl. No. 3) aufgehoben.

Hiernach sollte man glauben, daß die Zuständigkeit der Behörden rücksichtlich der Bürgerannahmen der Israeliten durchaus dieselbe sei, wie bei Christen. Fröhlich führt aber in den Anmerkungen zu den Gemeindegesetzen (Heidelberg 1854) S. 313 No. 3 eine Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern vom 18. April 1847 an, wonach zur Annahme von Israeliten nicht Gemeinderath und Ausschuß, wie §. 15 des Bürgerrechtsgesetzes vorschreibt, sondern das betreffende Bezirksamt in Gemäßheit des Org.Ed. von 1809 Beilage C. No. 19 lit. i. competent sei. Ich halte diese Entscheidung für irrthümlich und der Verordnung des großh. Staats-Ministeriums v. 25. April 1839 widersprechend. Denn wenn dieses das durch die Verordnung vom Jahr 1833 bestimmte Instanzenverhältniß auch für Bürgerannahmen von Israeliten festsetzt, so muß offenbar die nemliche Behörde in erster Instanz entscheiden wie bei Christen. Für diese ist Gemeinderath und Ausschuß erste, das betreffende Amt Rekurs-Instanz; mithin kann man nicht, ohne mit der Entschliessung des großh. Staatsministeriums in Widerspruch zu gerathen, die Rekursinstanz zur ersten machen. Die Verordnung vom Jahr 1833 läßt einen weitern Rekurs an die großh. Kreisregierungen zu, bewilligt mithin drei Instanzen: Gemeinderath, Amt, Kreisregierung, und bestimmt zugleich, daß wenn Amt und Kreisregierung gleichförmig entschieden haben, kein weiterer Rekurs zuläßig sei. Wenn aber die Bezirksämter die erste Instanz bilden, so wären die Kreisregierungen die zweite; — um nun zu einer dritten Instanz zu gelangen, müßte man den Rekurs an das großh. Ministerium zulassen, was aber nach der V. vom 17. Juli 1833 unzuläßig ist, sobald Amt und Kreisregierung gleichförmig entschieden haben. Daraus geht hervor, daß die angeführte Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern das durch die V. v. 17. Juli 1833 bestimmte Instanzenverhältniß in verschiedenen Beziehungen abändert, mithin gegen die angeführte Staats-Ministerial-Verordnung verstößt. Außerdem liegt dieser Entscheidung eine irrige Auslegung und Anwendung des Gesetzes zu Grund. Daß §. 54 nur Bezug hat auf Rechte der Israeliten, ist oben gezeigt worden.

Nun bezieht sich aber die Frage: Wer über ein Annahmegesuch zu entscheiden hat, nicht auf ein Recht des Petenten, sondern auf die Competenz der Behörden, welche nach Rücksichten des öffentlichen Rechts bestimmt werden. Competenzbestimmungen sind daher, ihrer Natur nach, allgemeiner Art, und beziehen sich auf Alle, für welche das Gesetz nicht eine Ausnahme statuirt. Nun sagt §. 15 des Bürgerrechtsgesetzes wörtlich: „Dem Gemeinderath steht allein das Recht der Bürgeraufnahme nach Vorschrift dieses Gesetzes zu", mithin kommt die angeführte Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern, welche den Aemtern die Aufnahme der Israeliten zuweist, mit dem Wortlaut dieses Gesetzes in Widerspruch. Man kann hiergegen nicht einwenden, nach §. 54 sei §. 15 auf Israeliten nicht anwendbar, da der dritte Absatz desselben §. 15, nach der Fassung vom Jahr 1831, welche zur Zeit der Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern noch in Geltung war, ausdrücklich erwähnt, daß, wenn es sich um Aufnahme von Israeliten in standes- oder grundherrlichen Orten handelt, der Standes- oder Grundherr über das Bürgerannahmegesuch gehört werden soll. Es kann darum nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß bei Abfassung der Gemeindegesetze v. Jahr 1831 der Gesetzgeber den §. 15 auch bei Annahmegesuchen der Israeliten für anwendbar hielt.

Soviel mir bekannt, verfuhr auch die Praxis in der ersten Zeit nach dem Erscheinen der Gemeindegesetze nach dieser Ansicht, und erst später, vielleicht durch die ange-

führte Entscheidung des großh. Ministeriums veranlaßt, wurde die entgegengesetzte Ansicht befolgt. Es dürfte aber wohl am Platze sein, dieselbe einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen.

Denn nicht allein beruht sie selbst auf einer, wie mir scheint, irrigen Auslegung des Gesetzes, sondern sie hat auch in der jüngsten Zeit einem andern Irrthum zur Grundlage oder zum Vorwand dienen müssen. Der Gemeinderath in Mannheim hat nemlich den Beschluß gefaßt, bei Annahmegesuchen von Israeliten künftig nicht mehr nach §. 15 des Bürgerrechtsgesetzes vom Jahr 1851, wonach über Annahmegesuche vom Gemeinderath gemeinschaftlich mit dem Bürgerausschuß berathen, und mittelst Durchzählung der Stimmen beschlossen werden soll, zu verfahren, sondern nach dem früher geltenden Verfahren über solche Gesuche zunächst in dem Gemeinderath zu berathen und zu beschließen, den betreffenden Beschluß aber erst dann dem Ausschuß zur Zustimmung vorzulegen, wenn er bejahend ausgefallen ist, andernfalls aber, d. h. wenn der Gemeinderath sich gegen die Annahme erklärt, jede Vorlage an den Ausschuß zu unterlassen. Diese Ansicht soll ihre Rechtfertigung ebenfalls in §. 54 finden, weil nemlich darnach die neuen Gemeindegesetze auf Israeliten nicht anwendbar seien.

Allein seit mehr als zwanzig Jahren wurden

1) bei allen Wahlen die neuen Gemeindegesetze auch bezüglich der Israeliten zur Anwendung gebracht, sowohl rücksichtlich des Verfahrens wie auch rücksichtlich der gesetzlichen Erfordernisse der Gewählten,
2) die Voranschläge für den Gemeindehaushalt, und die Gemeinde-Umlagen auf Grund der neuen Gemeindegesetze festgestellt, ohne einen Unterschied bezüglich der Israeliten zu machen,
3) die Bürgereinkaufsgelder von den Israeliten nach den neuen Gemeindegesetzen erhoben, wiewohl ein Erlaß des großh. Ministeriums vom 8. Oktober 1843, mitgetheilt von Christ l. c. S. 276 das Gegentheil verfügt, vergl. auch Fröhlich l. c. ad §. 54 No. 4 und V. vom 25. September 1832 zu dem Reg.-Bl. von 1832 No. 57.

Dadurch würde freilich der Gemeindekasse ein vielleicht nicht unbeträchtliches Einkommen entzogen.

Außerdem hat der Gemeinderath vom Jahr 1851 bis in die neueste Zeit den §. 15 auch bei den Annahme-Gesuchen der Israeliten angewendet, mithin eine Praxis befolgt, die mit seinem jüngsten Beschluß in Widerspruch steht; er erklärt durch diesen, daß sein bisheriges Verfahren ungesetzlich war, und daß die bisher ertheilten Bürgerannahmen in ungesetzlicher Weise zu Stande gekommen sind.

Es könnte aber auch der Fall eintreten, daß die großh. Staatsbehörden das jetzige Verfahren für ungesetzlich hielten, und auf diesen Grund hin die neuen Bürgerannahmen cassirten. Der gefaßte Beschluß ist mithin so wichtig und folgenreich, daß eine eingehende Besprechung desselben wohl gerechtfertigt sein wird. Ich lasse daher die Motive des Beschlusses wörtlich hier folgen:

„In Erwägung, daß §. 15 des B.R.Gesetzes von bürgerlichen Aufnahmen handelt, welche dem Gemeinderath und Bürgerausschuß nach Vorschrift jenes Gesetzes zustehen;

in Erwägung, daß nach §. 54 desselben Gesetzes solches keine Anwendung auf Israeliten findet, daß also die Vorschriften der früheren Gesetzgebung über das Verfahren bei der bürgerlichen Aufnahme der Israeliten in Anwendung zu bringen sind, welchen jedoch die Bestimmung des Absatzes 2 des B.R.Gesetzes fremd sind;

in Erwägung, daß die Ertheilung des Bürgerrechts und die Aufnahme der Juden organisationsmäßig nur den großh. Bezirksbehörden zusteht;

in Erwägung, daß somit der Gemeinderath und kleine Bürgerausschuß nicht competent sind, einem Israeliten das Bürgerrecht zu ertheilen, daß von Anwendung des §. 15 des B.R.Gesetzes hier also auch keine Rede sein kann;"

aus diesen Gründen wird beschlossen u. s. w.

Man ersieht hieraus, daß neben dem Argument, welches aus §. 54 über die Nichtanwendbarkeit der neuen Gemeindegesetze abgeleitet wird, das Gewicht dieser Begründung darin liegt, daß den Gemeindebehörden die bürgerliche Aufnahme der Israeliten nicht zustehe. Wenn aber, wie oben auszuführen versucht wurde, diese Voraussetzung irrig ist, und mit dem Gesetz sowohl wie mit dem Erlaß des großh. Staatsministeriums vom 25. April 1839 in Widerspruch steht, so fällt die daraus gezogene Folgerung damit natürlich von selbst. Aber auch ganz abgesehen davon scheint mir der Beschluß des Gemeinderaths darum nicht gerechtfertigt, weil er bei den Annahmegesuchen von Ausländern nicht allein früher, sondern auch jetzt noch das durch §. 15 vorgeschriebene Verfahren befolgt, wiewohl nach §. 40 des B.R.Gesetzes die Gemeindebehörden einem Ausländer nur die vorläufige

Versicherung ertheilen dürfen, daß er nach erlangtem Indigenat das Bürgerrecht erhalten werde. Wenn nun in diesem Fall nach §. 15 verfahren wird, warum nicht in dem ganz analogen Fall der Annahme eines Israeliten? In beiden Fällen ist der Beschluß der Gemeindebehörden zwar abhängig von dem nachfolgenden Beschluß der Staatsbehörden, er muß aber dennoch so gefaßt sein, daß wenn ihm von Seiten der Staatsbehörden zugestimmt wird, er auch als ein definitiver Beschluß angesehen werden kann; sonst wäre man genöthigt, einen zweiten Beschluß zu fassen, nachdem die Zustimmung der Staatsbehörden erfolgt ist. Es gibt ja so viele Fälle, in welchen die Beschlüsse der Gemeindebehörden der nachfolgenden Staatsgenehmigung bedürfen (vrgl. §. 151 der G.O.), darum aber werden sie nicht in anderer Weise gefaßt, als sonst üblich oder gesetzlich vorgeschrieben ist. Warum also gerade hier eine Ausnahme machen, die, wie es den Anschein hat, auch dem Geiste des §. 15 widerspricht. Dieser will bei Erledigung von Bürgerannahmegesuchen Gemeinderath und Ausschuß als eine einzige Corporation angesehen wissen, von denen Eine nicht ohne die Andere handeln kann. Der Gemeinderath von Mannheim würde aber, zufolge seiner Ansicht, über solche Gesuche, sofern sie von Israeliten ausgehen, für sich berathen und beschließen und diejenigen, in welchen er sich verneinend ausgesprochen hat, gar nicht vor den kleinen Ausschuß bringen, mithin den Zweck des Gesetzes vollständig paralysiren. Doktrin und Praxis sprechen daher in gleicher Weise gegen die Ansicht des Gemeinderaths in Mannheim.

Dr. Ladenburg.

II.

Anschließung.

Deren Grenzen im bürgerlichen Prozesse.

Fischer gegen Schneider.

Gegen ein Versäumungserkenntniß vom 20. Mai 1851 hat die Beklagte, welche darnach ⅓ des Werths eines innehabenden Erblehens nebst ⅓ der von diesem Gute seit 1836 bezogenen Früchte und Nutzungen an den Kläger herauszahlen sollte, erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist von 14 Tagen um Wiederherstellung wegen Krankheit gebeten und den Beweis hierüber angetreten.

In der mit diesem Gesuche verbundenen Vernehmlassung wurde die Klage überhaupt als unbegründet dargestellt und dem Anspruch auf Ersatz von Früchten und Nutzungen noch besonders eine Anzahl zerstörlicher Einreden entgegengesetzt, sofort die Abweisung der Klage beantragt.

Durch Beschluß vom 22. Juli 1851 ertheilte der Unterrichter die nachgesuchte Wiederherstellung zur kurzen Hand und erließ auf gepflogene Verhandlung ein Endurtheil vom 10. November 1852, welches die Beklagte zur Herauszahlung von einem Drittel des Werths ihres Erblehens für schuldig erkennt und den Kläger mit dem weiteren Begehren abweißt.

Gegen dieses Urtheil zeigte die Beklagte ganz allgemein die Appellation an, welcher der Kläger adhärirte und auf diesem Wege die in seiner Replik gegen den amtlichen Beschluß vom 22. Juli 1851 einsweilen vorbehaltene Beschwerde geltend machte.

Diese Adhäsion drang in zweiter Instanz nur theilweis, im dritten Rechtszuge aber vollständig durch, indem die von der Beklagten vorgegebene Verhinderungsursache als nicht erwiesen angesehen und daher das Versäumungserkenntniß v. 20. Mai 1851 seinem ganzen Inhalte nach wieder hergestellt wurde.

Bei der oberhofgerichtlichen Berathung vom 23. November 1854 waren die Meinungen über die Gränzen der Anschließung in so fern getheilt, als die Majorität der in den Jahrbüchern, n. F. X. 225 entwickelten Ansicht folgte, während die Minorität in Ansehung der Nutzungen und Früchte die Adhäsion darum für unstatthaft hielt, weil dieses accessorische Rechtsmittel nach §. 1122 (früher §. 1166) der Pr.O. nicht weiter geht, als die Appellation selbst; weil ferner der §. 1143 (vormals §. 1189) die allgemeine Appellationsanmeldung nur als gegen diejenigen Bestimmungen des Urtheils gerichtet ansieht, welche nicht den Anträgen des Appellanten gänzlich gemäß sind, und nur in diesem Umfange dem Appellaten das Recht der Anschließung gewährt.*) Im Betreff der Früchte und Nutzungen entspricht aber das Endurtheil vom 10. November 1852 ganz dem auf

*) Vergl. Annalen X. 129, besonders S. 132 Note *), XVIII. 16. XIX. 410. XX. 262. Zentner, Rechtsmittel 2. Aufl. S. 23. f.

Abweisung des Klägers gerichteten Antrage der Appellantin und fügt derselben in so weit keinerlei Beschwerde zu.

Man kann hiergegen nicht einwenden, daß dieser Beschränkung zufolge die Anschließung des Klägers mit der Appellation der Beklagten in Eines zusammen falle, indem die bezüglich der Appellation anzustellende Untersuchung, ob die Hauptforderung in Rechten begründet sei? wesentlich verschieden ist von der in Bezug auf die Adhäsion zu erörternden Frage: ob die Beklagte mit Unrecht gegen das Versäumungserkenntniß vom 22. Juli 1851 restituirt worden sei?

Die Bejahung dieser Frage hatte zur Folge, daß auf die Materialien nicht einzugehen war, weil das Versäumungserkenntniß als in Rechtskraft erwachsen angesehen werden mußte. Die Adhäsion verschaffte sonach dem Kläger den besonderen Vortheil, daß seine Hauptforderung nicht mehr als unbegründet zurückgewiesen werden konnte. Diesen Vortheil hätte der Appellat ohne Ausschließung nicht eben so sicher erreicht, weil es jedenfalls ungewiß ist, ob nicht der Oberrichter bei Würdigung der Sache selbst zu der Ansicht gelangt wäre, daß der Anspruch des Klägers wegen Mangels rechtlicher Begründung abzuweisen sei.

In diesem Betrachte war die Adhäsion gewiß nicht überflüssig oder zwecklos.

Zwar sagt Arnold im Archiv für civilist. Praxis Bd. 28 S. 84: „Sind nebst der Hauptsache auch Pertinenzen, nebst dem Capital auch Zinsen hieraus eingeklagt, so berechtigt die Appellation in einem dieser Punkte zur Adhäsion im andern, weil beide aus demselben Rechtsverhältnisse abstammen, welches nun der Oberrichter zu würdigen hat."

Allein unser Particularrecht gestattet dieß nun einmal nicht, wie oben gezeigt worden ist. Man darf dreist behaupten, daß der badische Gesetzgeber das Recht der Anschließung nicht soweit ausdehnen wollte, da trotz der zweimaligen Revision unserer Pr.O. die ursprünglichen §§. 1166 u. 1189 — ohne Rücksicht auf die zum Theil abweichende Doctrin des gemeinen Rechts — in den jetzigen §§. 1122 u. 1143 unverändert beibehalten worden sind.

Das Gesetz hat die gemeinrechtlichliche Controverse bereits im Sinne der Minorität entschieden.

Durch die Appellation der Beklagten wurde nur die Hauptforderung an den Oberrichter devolvirt, mit welcher die Früchte und Nutzungen eben so wenig in einem nothwendigen oder unzertrennlichen Zusammenhange stehen, als die Zinsen mit dem Capital, wie schon daraus erhellet, daß der Richter weder Früchte noch Zinsen ex officio zuerkennen darf. Pr.O. §. 336.

Sind demzufolge die gedachten Pertinenzen von der Hauptforderung verschiedene, blos formell connexe Streitsachen, so findet in Ansehung jener, weil nur wegen der Hauptforderung appellirt worden ist, die Anschließung nicht statt. *)

Rücksichtlich der Früchte und Nutzungen ist keine Appellation vorhanden und folglich eine Anschließung an dieselbe ebenso unthunlich, als eine Intervention ohne Urprozeß undenkbar ist.

Anders stände die Sache, wenn die Beklagte theilweis zum Ersatze der Pertinenzen verurtheilt und der Kläger zum Theil damit abgewiesen worden wäre. In diesem Falle würde, sofern die Beklagte wegen der theilweisen Verurtheilung appellirt hätte, der Kläger nach dem oben von Arnold aufgestellten Grundsatze allerdings berechtigt gewesen sein, wegen des aberkannten Theiles zu adhäriren, weil alsdann derselbe Streitpunkt, das nämliche Rechtsverhältniß, zur oberrichterlichen Entscheidung vorläge.

Da es aber in unserem Falle an dieser Voraussetzung fehlt, so blieb dem Kläger nichts anders übrig, als wegen der ihm gänzlich abgesprochenen Pertinenzen nach Anleitung der §§. 626 und 1124 der Pr.O. selbstständig zu appelliren, um den Eintritt der Rechtskraft des Endurtheils in diesem Punkte aufzuhalten.

D. R.

III.

Einiges über den §. 903 der Pr.O.

(Annalen 1854 No. 24, 26 und 33).

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises erließ den 6. Dezember 1854 folgendes Urtheil.

„daß Beklagter schuldig sein soll, die eingeklagten „383 fl. 54 kr. nebst Zins vom 12. Mai d. J. „entweder an Kaufmann Schwenninger in „Freiburg oder den Kläger zu bezahlen, sobald „er wieder zu Vermögen gelangt ist." V. R. W.

*) Vergl. Schmid, Civilpr. Thl. III. §. 232. S. 454.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte ..... schützt als Einrede vor, daß er seit seiner Vergantung nicht wieder zu Vermögen gelangt sei, und deßhalb von dem Kläger nicht auf Zahlung belangt werden könne. Der Kläger vermag nicht zu behaupten, daß der Beklagte wieder zu Vermögen gelangt sei, sucht aber darzuthun, daß die erhobene Einrede dem Klagbegehren nicht entgegen stehe. Bei Beurtheilung der Sache ist §. 903 der Pr.O. maßgebend. Dieser besagt, daß diejenigen Gläubiger eines Gantschuldners, welche sich bei dessen Gant nicht gemeldet, und diejenigen, welche keine oder nur unvollständige Befriedigung erhalten haben, ihre Ansprüche auf's neue gegen denselben geltend machen können, wenn der Schuldner nach der Zeit, da die Gantmasse für vertheilt gilt, wieder zu Vermögen gelangt. Diese Gesetzesbestimmung will dem Verganteten, damit er sich wieder erheben kann, vor Zugriffsversuchen bewahren, so lange nicht nachgewiesen ist, daß er wieder zu Vermögen gelangt ist. Es ist hiernach erforderlich, daß derselbe, wenn er wieder auf Zahlung soll betrieben werden können, nicht nur überhaupt ein Zugriffsobjekt, sondern soviel Vermögen erworben, oder soviel Verdienst hat, daß er davon, ohne von neuem verganted werden zu müssen, zur Befriedigung seiner Gläubiger etwas abgeben kann, das im einzelnen Falle, dem Ermessen des Richters unterliegt, und daß dieses vom betreibenden Gläubiger (in der Klage oder in der Replick) angeführt und nachgewiesen wird. Würde man dem §. 903 der Pr.O. diesen Sinn nicht beilegen, so würde er überflüssig sein, da es sich nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen von selbst versteht, daß eine in einer Gant in Verlust gefallene Forderung nicht unbedingt verloren ist, sondern wieder geltend gemacht werden kann, wenn vom Schuldner etwas zu erheben ist. Dieser §. 903 soll damit nicht sagen, was nach allgemeinen Grundsätzen Rechtens wäre, sondern soll vielmehr eine Begünstigung für den Schuldner enthalten.

Im vorliegenden Falle wird eine Forderung geltend gemacht, die nicht erst nach Erledigung der Gant des Beklagten entstanden ist, sondern schon vorher existirte, und nach L.R.S. 2032 Z. 2 von dem Kläger bei der Gant des Beklagten auch hätte angemeldet werden können. Kläger ist somit einer derjenigen Gläubiger, welche im §. 903 der Pr.O. bezeichnet sind, und da er nicht behaupten kann, daß der Beklagte seit seiner Vergantung wieder zu Vermögen gelangt ist, so kann er auch nicht verlangen, daß dem Beklagten unter Executionsandrohen eine bestimmte Frist zur Zahlung gesetzt werde. Wohl aber ist er nach §. 278 und 330 Abs. 2. der Pr.O. befugt, über die Schuldigkeit des Beklagten zur Schadloshaltung ein Erkenntniß zu verlangen.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Der Einsender war über diese Entscheidung, wie über den Plenarbeschluß des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises in No. 24 der Annalen 1854 sehr erfreut, weil diese Auslegung des §. 903 der Pr.O., nicht nur für arme Schuldner, sondern für das Gesammtwesen des Staates von hoher Bedeutung ist. Ob mit den hunderten von juristischen Controversen auch die über den §. 903 der alten Pr.O. wieder fortleben, dürfte gewiß weniger Kummer bereiten (S. 204 der Annalen a. A.) als wenn die Ansicht in No. 26 und 33 allgemein zur Geltung kommen würde. Die Weglassung des Abs. 2 §. 938 der alten Pr.O. fiel freilich in eine Zeit, in welcher man langeher die traurige Erfahrung gemacht hatte, daß viele Schuldner, verläugnend das Rechtsgefühl, auf chikanöse oder unredliche Weise den Gläubigern die Befriedigungsmittel vorzuenthalten suchen. Verschleppungen der beweglichen Habe, Scheinverträge, darauf sich stützende Einsprachen gegen erkannte Vollstreckungen, Zahlungsunfähigkeitserklärungen und dergleichen Mittel mehr, wurden in gewissenloser Weise zur Gefährde der Gläubiger in Anwendung gebracht. Diesem rechtswidrigen Treiben suchte die Gesetzgebung mit aller Kraft zu begegnen, und so folgten sich rasch der Justiz-Ministerialerlaß vom 8. November 1849 No. 10986 über Scheinverträge und Einsprachen gegen die Vollstreckungen, der Erlaß des großh. Finanz-Ministeriums vom 10. Dezember 1849 No. 11032, die Vermögensabsonderungsklagen betreffend, die gesetzlichen Bestimmungen in §. 914, 915 der Pr.O. (§. 3 Verord. vom 3. Juli und §. 36, 103, 132 der Verord. vom 21. November 1851) §. 946, 963, 982, Abs. 2 u. s. w. der Pr.O. über die Vollstreckungen, §. 274 und 275 cit. über die Arglist im Prozesse, der 28. Titel der Pr.O. betreffend die geschärfte Folgen des Ungehorsams, §. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 wegen Betrugs gegen Gläubiger.

Die Weglassung dieses Abs. 2 §. 938 fiel aber auch in eine Zeit, in welcher die politisch schwankenden Zustände, die Stockung der Gewerbe und des Handels eine allge-

meine Verdienstlosigkeit und enorme Herabdrückung des liegenschaftlichen Güterwerths bewirkte; die Krankheiten der Kartoffelstaude und des Weinstocks erstickten fast alle Einnahmsquellen der zahlreichen kleinen Bauern und ärmern Rebeigenthümer; die unausbleibliche Folge war eine gewiß sehr oft unverschuldete Verarmung zahlreicher und braver Familienväter, die um so ausgedehnter in ihren Wirkungen sich zeigte, je zersplitterter der Güterbesitz und gestörter die anerkannte Uebervölkerung ist. Die Crisis war unvermeidlich, zahllose Vergantungen erfolgten, die Liegenschaften vereinten sich wieder mehr in der Hand der Reichern, die Verganteten wurden meist auf den Verdienst eines Taglöhners oder eines geringen Pächters und drgl. hingewiesen.

Wenn nun das Gesetz einerseits dem boshaften und betrügerischen Schuldner den größten Ernst, die Kraft und Macht der Gerichte entgegenstellt, so ist leicht erklärlich, daß es anderseits den durch Vergantung ganz vermögenlos gewordenen aber rechtschaffenen Bürgern einen Schutz angedeihen lassen will, welcher ihnen das Wiederaufkommen möglich macht.*). Dankbar müssen wir sein, daß die Rechtswohlthat des §. 903 in Baden eingeführt wurde, und sie nach der Gerichtspraxis durch Weglassung des Abs. 2 des §. 938 in der neuen Pr.O. nicht als beseitigt angenommen wird. Hätte dieses beneficium im Jahr 1851 nicht bestanden, so wäre wohl gerade in diesem Jahre, wo die allgemeine Verarmung drohender als je hereinbrach, die Einführung am dringendsten erschienen **). So viele leichtfertige, boshafte und gewissenlose Schuldner man nemlich findet, ebensoviele wuchernde, hartherzige, alles Menschlichkeitsgefühl verleugnende Gläubiger giebt es. Die Fürsorge des Gesetzgebers muß sich also nach beiderlei Richtungen hin erstrecken. Darum gebietet die Vernunft wie das Gesetz auch Milde gegen inhumanes Drängen des Forderungsberechtigten und überall ist in unserem Landrecht anerkannt, daß der Redliche nicht mit dem Unredlichen auf gleiche Linie gestellt werden soll: Pr.O. §. 936, 938, 981, 889 u. s. w., L.R.S. 549, 550, 1155 a, 1240, 1380 2c. So belehren uns auch die Motive zu den Tit. XLII. und XLIII. der n. Pr.O., daß man rasche Justiz, jedoch mit schonender Rücksicht auf die Lage bedrängter Schuldner ins Leben zu rufen die Absicht hatte. Ein solcher wesentlicher Schutz besteht aber gewiß darin, daß ein Gantmann, der nicht wegen Betrugs u. s. w. angegriffen werden kann, gegen hartherzige Angriffe, welche ihm Erholung durchaus unmöglich machen, geschützt werde. Es wäre sogar zu wünschen, daß man dahin käme, zu bestimmen, es sei in der Klage schon der Wiedererwerb des nöthigen Vermögens vom Kläger anzuführen *), da die vor Gericht hingebrachten Tage des Schuldners und seine geringsten Ausgaben häufig seiner Familie die bitterste Noth bereiten.

Den L.R.S. 1270 und 1244 liegen ähnliche Zwecke zu Grunde, allein die Fälle sind selten in denen der persönliche Haft erkannt werden darf, und gerade da ist nur ausnahmsweise diese cessio bonorum zulässig, L.R.S. 2062, und der S. 1244 gestattet dem Richter nur, die Execution um einige Zeit hinauszuschieben, während der Satz 903 unverkennbar will, daß der Richter solche gar nicht androhen soll, ehe der Nachweis geliefert ist, daß derjenige, welcher verganet wurde, nochmal in diesen Zustand geführt wird, der für ihn, privatrechtlich wie rücksichtlich der Stellung im öffentlichen Leben von so niederdrückenden Folgen begleitet ist. Man behauptet, das Letztere sei eben die petitio principii, und in den L.R.S. 2217 bu.c sei die Zugriffsfreiheit für alle Vorkommnisse genügend eingeräumt.

Der Einsender erlaubt sich zunächst aus folgendem Grunde Zweifel zu erheben: der erste Grad des Staatszwangs besteht in der gerichtlichen Verurtheilung; hier soll der Richter nach reiflichem Ermessen Milde im öffentlichen Interesse üben, indem er angemessene Zahlungsfrist gewährt, A. 1244. Der zweite Grad besteht im Zugriff auf Sachen, der gewöhnlichen Zwangsmaßregel; hier wird im öffentlichen Interesse ein erweiterter Schutz gewährt, indem man dem Zugriffe nicht unterwerfen soll, was der Schuldner als Mittel zur Gewinnung des Lebensunterhaltes dringend bedarf; L.R. 2217 a. b. Der dritte und höhere Grad des Zwangs wegen Erfüllung von Verbindlichkeit besteht in Zugriff auf die eigene Person des Schuldners; der Staat schützt ihn unter der Bedingung, daß ihm kein dolus zu Last liegt, wenn er den Gläubigern sein gesammtes Vermögen hingibt. L.R.S. 1270. *)

*) Hierüber z. B. das benef. comp. im preuß. Gantprozeß. D. E.

**) Die Zahl der Ganten beträgt z. B. in einem bestimmten Amtsbezirke von 1843—54: 286. D. E.

*) Vrgl. Annalen XXI. 416. D. R.

*) Es gehört daher diese Lehre nicht dahin, wo von Erlöschung

Der vierte und höchste Grad der Execution tritt aber offenbar dann ein, wenn dem Schuldner nicht mehr freigestellt bleibt, sein Vermögen hinzugeben, sondern wenn man ihn durch Richterspruch aller seiner Vermögensrechte verlustig erklärt, von Gerichtswegen Jemanden bestellt, welcher wie der Vormund für den Entmündigten, alle seine Privatrechte ausübt. Ein solcher Mann wird sogar politisch anrüchig. (§. 21 u. vergl. §. 15, Abs. 2 der G.O.) Hier muß der Staatsschutz in höherem Grade als sonst eintreten, wenn es sich um die Wiederholung der Vergantung handelt; es kann nicht mehr einem hartherzigen Gläubiger anheim gegeben werden, ob er durch beliebiges Klagen die Gant erneuern will, der Staat gewährt den möglichst ausgedehnten Schutz in dem §. 903 der neuen, §. 938 der alten Pr.Ord. *)

Es ist dies leicht erklärlich, denn erfahrungsgemäß begründet die einem Menschen belassene Möglichkeit sich und die Seinigen durch angestrengten Fleiß, wenn auch nur kümmerlich zu erhalten, das Lebensglück eines rechtlichen Mannes, und knüpft das Band, welches einen Staatsangehörigen mit der Staatsordnung verbindet. Im höheren Interesse muß deßhalb der Einzelne gezwungen werden, die Geltendmachung seines Forderungsrechts so lange zu verschieben, und sollte nach Jahren auch der Verlust dieses Rechts daran geknüpft sein, bis die durch die Vergantung schwer getroffenen Glieder des Staates sich wieder so weit erholt haben, als es unser §. 903 will. Das fordert wohl die Vernunft, der christliche Sinn und die damit im Einklange stehende Staatsordnung. Der Pauperismus, die Verzweiflung der Armuth ist der Urheber der meisten Verbrechen; darum sind unsere Gefängnisse so überfüllt; hierin liegt die Gefahr, welche die Dämme der gesellschaftlichen Ordnung zu untergraben, das Gebäude der Civilisation zu zerstören droht. Hüten wir uns, dieses Uebel durch Interpretation eines Gesetzes zu vergrößern, dessen Dasein gar keinen Sinn hätte, wenn es nicht die bezeichnete Milde gegen arme Vergantete gehandhabt wissen wollte.

Der Einsender ist vom Glauben weit entfernt, daß ihn tiefere Einsicht des Irrthums nicht überführen könnte, aber so lange diese hier niedergelegte Ansicht, welche er im unmittelbaren Verkehr mit verarmten Gemeinden gewonnen hat, ihm nicht benommen wird, glaubt er, daß das bessere Glück Aller in der Festhaltung derjenigen Grundsätze beruht, welche im Plenarbeschlusse des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises v. 9. Mai d. J. und in dem angeführten Urtheil des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises niedergelegt sind.

Gageur. *)

der Verbindlichkeiten die Sprache ist, sondern zum Vollzugsmittel durch persönliche Haft. III. Buch XVI. Tit. D. E.

*) Aus ähnlichen Gründen wohl wird die Verminderung der für Privaten wie für den Staat schadenbringenden Vermehrung von Prozessen angestrebt in den §§. 89, 90, 91 rc. der Pr.O., den L.R.S. 1341, 1345, 1346 rc. wenn auch andere Gründe unterlaufen. Wenn die Römer so Manchen das beneficium ne egeat einräumten, sollte man in christlichen Staaten ähnlichen Einrichtungen eine solche Deutung geben wollen, daß auch beim redlichen Schuldner zuletzt der Erwerbstrieb selbst erstickt werden muß! D. E.

*) Großh. Amtmann in Breisach.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 3.** Mannheim, 14. Januar 1853.

I.

1) Eine Stipulation über höhere als die gesetzlichen Zinsen ist nicht unerlaubt. L.R.S. 1907.

2) Zinsen, die einen Jahresbetrag ausmachen, können durch besondere Uebereinkunft zinstragend werden. L.R.S. 1154.

3) Abrechnung wirkt als Anerkennung nach L.R.S. 1338.

4) Wie haftet der Ehemann für die Schulden seiner Frau? L.R.S. 1485.

Am 1. Januar 1834 gab Z. den Jakob Garnier'schen Eheleuten zum Ankauf und Betrieb einer Ziegelhütte die Summe von 7000 fl. Es wurde bedungen, daß die Ehefrau die Sammtverbindlichkeit hiefür übernehme. Die schuldner'schen Eheleute verpflichteten sich, jährlich 12 Brände zu machen, und von jedem Brande 50 fl., zusammen also 600 fl. als Zins zu zahlen, wobei es keinen Unterschied machen solle, ob mehr oder weniger Brände gemacht werden. Der Vertrag wurde auf 5 Jahre abgeschlossen, dem Gläubiger jedoch das Recht vorbehalten, auch vor Ablauf der 5 Jahre nach einjähriger Auffündigung den Vertrag aufzulösen. Am 1. Januar 1839 wurde der Vertrag auf weitere 3 Jahre erneuert. Es war damals ein Zinsrückstand von 1322 fl. 2 kr. erwachsen, der zu Kapital geschlagen, jedoch bedungen wurde, daß trotz dem ins Künftige statt der bisherigen 600 fl. nur 500 fl. jährliche Zinsen gezahlt werden sollten. Nachdem am 1. Januar 1842 auch dieser zweite Vertrag sein Ende erreicht hatte, und unterdessen der Ehemann Garnier gestorben war, wurde mit dem zweiten Ehemann und mit der Ehefrau ein weiterer Vertrag abgeschlossen, wodurch der 2. Vertrag vom Jahr 1839 auf unbestimmte Zeit verlängert wurde, wobei eine gegenseitige 6 monatliche Auffündigung bedungen wurde. Schon im ersten Verträge war bedungen worden, daß dem Gläubiger ein Unterpfandsrecht auf sämmtliches liegenschaftliches Vermögen der schuldner'schen Eheleute eingeräumt werde, und es ist auch zugestanden, daß eine Hypothek bestellt worden. Im zweiten Vertrage hat jedoch der Gläubiger zugestimmt, daß die mit dem Gelde erkaufte und dafür gepfändete Ziegelhütte verkauft, und eine andere dafür acquirirt werde, und es ist auch zugestanden, daß solches geschehen und auf die neu angekaufte Hütte ein Eintrag im Pfandbuch erfolgt ist. Im Jahr 1844 starb dann auch der zweite Ehemann, Xaver Hemmerle; im Jahr 1845 heirathete die Ehefrau den jetzigen Mitbeklagten Johann Kühn. Mit diesem wurde dann zwar kein neuer Vertrag abgeschlossen, er setzte aber mit seiner Ehefrau das Ziegleleigeschäft fort, und hat ebenso wie seine beiden Vorfahren Garnier und Hemmerle jeweils mit Z. wegen dessen Forderung abgerechnet.

In den vorliegenden Abrechnungsurkunden sind übrigens nicht blos die aus dem ursprünglichen Kapital von 7000 fl., beziehungsweise 8332 fl. 2 kr. erwachsenen Zinsen, sondern vielfach auch Waarenforderungen, Darlehen und Zins aus Zins verrechnet. Die letzte Abrechnung ist vom 24. Februar 1853, und darnach blieben die Johann Kühn'schen Eheleute dem Kläger, einschließlich des ursprünglichen Kapitals von 7000 fl. die Summe von 8000 fl. schuldig, und versprachen dieses Kapital am 1. Okt. 1852 in halbjährigen Raten zu 5 pCt. zu verzinsen.

Auf diese Thatsachen gestützt belangte Z. die Johann Kühn'schen Eheleute, jedes für das Ganze, auf Zahlung der 8000 fl. sammt 5 pCt. vom 1. Oktober 1852 an, wobei er die Verträge von 1834, 1839 und 1842 als Gesellschaftsverträge bezeichnet.

Die Beklagten haben den Abschluß der Verträge und

die geschehenen Abrechnungen anerkannt, nur hinsichtlich der Abrechnungen von den Jahren 1844 und 1845 besteht keine vollständige Uebereinstimmung, indem das Resultat der Abrechnung vom Jahr 1845 beklagter Seits nicht angeführt und als Resultat vom Jahr 1844 das des klägerscher Seits für das Jahr 1845 behauptete angegeben wird. Die Beklagten widersprechen, daß ein Gesellschafts-Verhältniß unter beiden Theilen bestanden habe, und daß die beklagte Ehefrau für den Zins sammtverbindlich sei; ferner, daß der Ehemann Johann Kühn persönlich in die Verbindlichkeit seiner Ehefrau eingetreten sei. Der Vertrag vom Jahr 1834 und die folgenden seien nichts anderes als Darlehensverträge und es stehen somit den Zinsberechnungen die L.R.S. 1907 e und 1907 f entgegen. Die kläger'sche Forderung mindere sich daher durch die über den gesetzlichen Zinsfuß bezahlten Zinsen; die übrigen in den Abrechnungen vorkommenden Posten seien theils gar nicht, theils unvollständig begründet und gehörten nicht hierher. Der Anwalt der Beklagten stellt sofort eine Berechnung auf, wornach die Beklagten das ganze Kapital sammt Zinsen und sogar 185 fl. 46 kr. zu viel bezahlt hätten, wobei er das Kapital zu 6 pCt. berechnet, alle sonstigen in den Abrechnungen vorkommenden Forderungsposten für Darlehen, gelieferte Waaren u. s. w. wegläßt, dagegen alle geschehenen Zahlungen auf die eingeklagte Forderung abrechnet, und um Abweisung des Klägers bittet.

Der Unterrichter wies den Kläger mit seinen Ansprüchen gegen den beklagten Ehemann ab, stellte auf den Grund des L.R.S. 1907 c eine Berechnung auf, worin er ein Restkapital von 1613 fl. 49 kr. ausrechnete, und verurtheilte die beklagte Ehefrau zur Zahlung dieser Summe mit 6 pCt. Zins. Mit seiner Mehrforderung wies er den Kläger ab.

Gegen das Urtheil zeigten beide Theile die Appellation an, ausgeführt wurde sie jedoch nur vom Kläger. Er beschwert sich gegen das Urtheil, soweit er dadurch abgewiesen wurde.

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises verurtheilte die beklagte Ehefrau, mit Ausnahme zweier Posten bezüglich welcher auf Beweis erkannt wurde, nach dem Klagantrag, ebenso den Ehemann, diesen aber nur zur Hälfte des ursprünglichen Kapitals von 7000 fl., jedoch zur Zahlung aller rückständigen Zinsen sammtverbindlich mit seiner Ehefrau aus folgenden Gründen:

Was die Beurtheilung der Sache in rechtlicher Beziehung betrifft, worüber unter den Parteien vielfacher Streit besteht, so muß die Ansicht des Unterrichters, daß der Vertrag, auf welchen die Klage gegründet ist, nicht als ein Gesellschaftsvertrag, sondern als ein Darlehen zu betrachten sei, als die richtige erachtet werden. Der Kläger wurde nach dem Vertrag weder von dem Gewinne noch von dem Verluste des Ziegleigeschäfts, wozu er das Geld hingab, irgend berührt, sondern er sollte, ganz einerlei, ob das Geschäft Gewinn abwerfe oder Verlust bringe, sein hingegebenes Kapital nebst einem jährlichen festbestimmten Zins daraus ungeschmälert zurückerhalten. Auf das hiernach zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß passen daher durchaus nicht die in den L.R.S. 1832 und ff. enthaltenen Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag, wohl aber die in den Sätzen 1892 ff. über die Darleihe gegebenen Vorschriften; jeder Vertrag ist aber nicht sowohl nach dem Namen, den die Vertragspersonen ihm geben, als nach seinem Wesen und Inhalt zu beurtheilen. Allein wenn man den Vertrag auch als Darleihe betrachtet, so kann doch der dabei bedungene Zins, obgleich er den gesetzlichen übersteigt, nicht als ein verbotener angesehen werden. Nach Ansicht des L.R.S. 1907 unterliegt es keinem Zweifel, daß es erlaubt ist, höhere als die gesetzlichen Zinsen zu bedingen, nur muß der Betrag der höher bedungenen Zinsen in einer schriftlichen Urkunde bestimmt sein, was hier der Fall ist. Allerdings können nach L.R.S. 1907 e solche höher bedungene Zinsen niemals Pfandrecht, Unterpfandsrecht oder Vorzugsrecht genießen; und wo sie bei einem solchen gesicherten Anlehen bedungen sich befinden, da kann richterliche Hülfe dazu anders nicht als mittels Minderung der ganzen gezahlten und rückständigen Schuldigkeit auf den gesetzlichen Fuß statt finden. Allein es handelt sich in dem vorliegenden Falle nicht um die Geltendmachung eines Pfand- oder Vorzugsrechts. Nur wenn dazu richterliche Hülfe begehrt wird, muß nach L.R.S. 1907 e eine Minderung der höher bedungenen Zinsen auf den gesetzlichen Zinsfuß statt finden, keineswegs aber wenn nur gegen den Schuldner selbst, ohne Rücksicht auf das etwa bestehende Unterpfandsrecht, richterliche Hülfe in Anspruch genommen wird.

Vrgl. Brauers Erläuterungen III. S. 673.

Die beklagter Seits begehrte Minderung der höher bedungenen Zinsen auf den gesetzlichen Zinsfuß findet daher nicht statt.

Ebensowenig aber kann darin etwas Unerlaubtes ge-

funden werden, daß der Kläger bei den jeweiligen Abrechnungen sich aus den verfallenen Zinsen wieder Zinsen ausbedungen hat. Nach L.R.S. 1154 kann der Zinsrückstand, der höher als ein Jahresbetrag ist, (oder wie es in dem Urtert heißt, den Brauer hier nicht ändern wollte dûs au moins pour une année entière) zinstragend werden durch gerichtliche Einklagung oder durch besondere Uebereinkunft. Durch die Berechnung der Zinseszinse in den einzelnen Abrechnungen und deren unterschriftliche Anerkennung von Seiten der Beklagten kam aber gerade die besondere Uebereinkunft unter den Parteien zu Stande, wornach aus den verfallenen Zinsen wieder Zinsen bedungen wurden, auch war bei der Anrechnung der Zinseszinse jeweils mindestens der Zinsbetrag von einem ganzen Jahre schon verfallen. Zudem müßte in den Anerkenntnissen der Abrechnungen von Seiten der Beklagten und den jeweils daraufhin wieder erfolgten Zahlungen die Bestätigung, beziehungsweise freiwillige Erfüllung der Verbindlichkeit, Zins aus Zins zu zahlen, erblickt werden, daher denn die Beklagten mit ihrem Einwand dagegen nach L.R.S. 1338 Abs. 3 nicht mehr gehört werden könnten.

In den vorgelegten und beklagter Seits anerkannten Abrechnungen kommen auch sonstige Forderungen des Klägers für an die Beklagten abgegebenen Waaren, für weitere kleine Darlehen u. s. w. vor, und die von dem Beklagten geschehenen Zahlungen sind in den Abrechnungen jeweils zunächst an diesen sonstigen Forderungen abgerechnet; die Beklagten verlangen aber jetzt, daß alle Zahlungen nur an dem eingeklagten Kapital von 7000 fl. beziehungsweise den daraus verfallenen Zinsen abgerechnet werden, und wollen dem Kläger überlassen, seine sonstigen Forderungen besonders näher zu begründen. Dieses Begehren ist aber unstatthaft. Durch die unterschriftliche Anerkennung der Abrechnung haben sich die Beklagten die Aufrechnung der geleisteten Zahlungen auf diese sonstige Forderungen gefallen lassen; es hat dadurch eine gegenseitige Uebereinkunft stattgefunden, daß die Zahlungen an den sonstigen Forderungen abgezogen werden sollen, und von dieser Uebereinkunft können die Beklagten nicht mehr abgehen. Der L.R.S. 1256 gibt nur für den Fall Maaß und Ziel, wenn unter den Parteien über die Aufrechnung einer Zahlung nichts bestimmt wurde, und findet daher hier keine Anwendung.

Es versteht sich aber, daß der Kläger die hier in Rede stehenden sonstigen Forderungen nicht näher zu begründen braucht, da sie bereits bezahlt sind und er sie daher auch nicht mehr anfordert.

Was endlich das Verhältniß der beiden Beklagten betrifft, nach welchem sie für die eingeklagte Forderung haftbar sind, so erscheint die beklagte Ehefrau nach Ansicht der L.R.S. 1431 und 2016 sowohl für das ganze Kapital als die Zinsen sammtverbindlich. Sie hat die Sammtverbindlichkeit ausdrücklich übernommen und wenn bei der Uebernahme derselben auch nur das Kapital von 7000 fl. genannt ist, so erstreckt sich solche schon der Natur der Sache nach, doch auch auf die Nebenverbindlichkeit der Zinszahlung. S. 2016.

Was aber den Ehemann betrifft, so kann aus seiner Anerkennung der einzelnen Abrechnungen eine Uebernahme der ganzen Schuld oder eine Sammtverbindlichkeit für dieselbe nicht abgeleitet werden. Er war als Herr der Gütergemeinschaft jedenfalls bei der Sache sehr betheiligt und hatte als Ehevogt seiner Frau die Ermächtigung zur Eingehung von Rechtsgeschäften zu ertheilen, daher seine Unterschrift unter den Abrechnungen schon aus diesem Grunde erforderlich war, ohne daß daraus auf die Uebernahme einer weitern Verbindlichkeit geschlossen werden könnte. Dagegen hat der Unterrichter mit Unrecht angenommen, daß es sich hier um eine liegenschaftliche Schuld handle, die den Ehemann nicht berühre. Nach den L.R.S. 529 und 535 erscheint jede Forderung als fahrende Habe, welche in ablöslichen Schulden, verfallenen Gülten und Renten oder in Fahrnißstücken besteht. Ob die Forderung durch Unterpfandsrecht gesichert sei oder nicht, darauf kömmt hiebei nichts an, indem nach L.R.S. 526 a nur solche unkörperliche Sachen als unbeweglich gelten, deren Gegenstand an eine Liegenschaft gebunden ist, z. B. das Zehntrecht, Gültrecht. Hiezu ist aber eine durch Unterpfandsrecht nur gesicherte Forderung nicht zu rechnen, und die der Forderung entsprechende Verbindlichkeit kann daher auch nicht zu den liegenschaftlichen, sondern nur zu den fahrenden Schulden gezählt werden. In Gemäßheit des L.R.S. 1409 i ist die hier in Frage stehende Schuld in die Gemeinschaft gefallen, und die Gütergemeinschaft hat deßhalb auch für die ganze Schuld zu haften. Mit seinem eigenen Vermögen dagegen haftet der Mann in Gemäßheit des L.R.S. 1486 nur für die Hälfte der von der Frau herrührenden Kapitalschuld und für den ganzen Zinsrückstand, da letzterer ausweislich der vorliegenden Abrechnungen erst während bestehender Ehe entstanden ist, während der Ehemann

also Herr des Gemeinschaftsvermögens war, daher auch in Gemäßheit des L.R.S. 1409. 3 und 1484 verpflichtet ist; den ganzen rückständigen Zins nöthigenfalls aus seinem eigenen Vermögen zu zahlen.

Auf die hiergegen von Seiten der Beklagten ergriffene Oberberufung bestätigte das großh. Oberhofgericht das hofgerichtliche Urtheil aus den angeführten Gründen mit dem Zusatze, daß der Vertrag vom 1. Januar 1834 keine Verschleierung in dem Sinne enthält, daß dadurch der Darlehensempfänger über das wahre Verhältniß seiner Leistung zur Gegenleistung getäuscht werden konnte. Denn obschon die von der dargeliehenen Summe ad 7000 fl. bedungenen Zinse nicht unter dieser Bezeichnung und nicht nach der Zahl der jährlichen Procente, sondern statt dessen in einem bestimmten, als Betriebsvergütung zu entrichtenden Betrage festgesetzt werden, so ist hierdurch dennoch dem Schuldner das Maas seiner Leistung, das ihm überdieß während der ganzen Dauer des Vertrags Jahr für Jahr berechnet wurde, klar vor Augen gestellt worden.

Als sachfälliger Theil haben die Beklagten, Oberappellanten auch die Kosten dieser dritten Instanz zu tragen.

Dr. Ladenburg.

II.

Ueber die rechtliche Wirkung der Verweisung von Liegenschaftskaufschillingen.

(Annalen XXI. 130.)

Damit nicht längeres Stillschweigen den Anschein gewinne, als seie man mit der Ansicht des allegirten Aufsatzes einverstanden — und da auch kein Vertreter der jenem Aufsatze entgegenstehenden Anschauung bisher aufgetreten ist — so möchte nachstehende Entgegnung am Platze sein.

In der Belehrung des Amtes Triberg, sowie in dem Jahrg. XXI. pag. 117 erwähnten Abhandlungen werden überall Fälle vorausgesetzt, in welchen der Gläubiger des Verkäufers (oder Gutsübergebers) nicht mit Letzterem wegen Abtretung des Kaufpreises in ein besonderes Vertragsverhältniß getreten war, sondern wobei lediglich zwischen dem Verkäufer (oder seinen Vertretern) und dem Käufer die Bestimmung festgestellt worden ist, es solle der Kaufschilling auf Verweisung zahlbar sein.

Diese thatsächlichen Momente an den Maßstab der wohlbegründeten Rechtsunterscheidungen zwischen Cession, Schuldübernahme und Anweisung an Zahlungsstatt angelegt, wie sie pag. 81 und 209 desselben Jahrganges auseinandergesetzt wurden, bleibt nicht zweifelhaft, daß durch eine solche Verweisung das Rechtsverhältniß der Schuldübernahme begründet werde.

Der Verfasser von II. pag. 131 ist aber auf diese Unterscheidungen nicht eingegangen; er sucht in der Verweisung des Kaufschillings durch den Verkäufer eine Veräußerung eines Rechtes an den Gläubiger, eine Rechtsübertragung oder Cession, „wenn man nun den Akt eine Art (?) von Cession, eine Rechtsüberweisung oder eine Anweisung an Zahlungsstatt zum eigenen Nutzen des Verweisungs-Empfängers — procuratoris in rem suam.“ Damit reicht man aber nicht aus, wo bestimmte Unterscheidungen im Gesetze begründet sind.

Zu einer Rechtsübertragung gehört ein bestimmtes ausdrückliches Uebereinkommniß zwischen dem Gläubiger und Verkäufer. Ein solches liegt aber, wie oben erwähnt, in den unterstellten Fällen überall nicht vor.

Bei der Rechtsübertragung spielt der Schuldner, d. i. hier der Käufer eine passive Rolle, was doch sicherlich da nicht der Fall ist, wo er mit dem Verkäufer wegen Zahlung und Verweisung des Kaufschillings in Vertragsverhältnisse getreten ist, und eingewilligt hat, statt an den Verkäufer, an dessen Gläubiger Zahlung zu leisten. Dagegen ist in den unterstellten Fällen die Rolle des Gläubigers eine passive, und deßhalb liegt das Rechtsverhältniß der Schuldübernahme vor. (vide pag. 81 l. c.) Daß aber der Gläubiger bei Letzterer durch die Verweisung des Verkäufers nicht in ein anderes Rechtsverhältniß zu dem neuen Schuldner, d. i. dem Käufer trete, also nicht statt Darleihen nur Kaufschilling mit Vorzug anzusprechen habe, ist pag. 84 l. c. überzeugend nachgewiesen.

Obgleich nun zur Zeit noch ein Widerstreit der Ansichten obzuwalten scheint (vrgl. O.H.G. Jahrb. n. F. XIII. pag. 460 Note), so zweifle ich doch nicht an der Zustimmung einer großen Mehrheit darin, daß ein Gläubiger, der kein anderes besonderes Vertragsverhältniß einer Rechtsübertragung oder Rechtsnachfolge zu behaupten im Stande ist, nicht für berechtigt zu erklären sei, auf

eine bloße Schuldverweisung hin in der Gant des ihm angewiesenen Käufers mit der Anmeldung aufzutreten: „ich spreche für meine ursprüngliche Darleihensforderung an den Verkäufer — jetzt in Folge der Verweisung an den Käufer und Gantmann, Kaufschilling und das damit zusammenhängende Vorzugsrecht an.“ —

Die Annahme der Verweisung kann mindestens diese Wirkung nicht haben, sie ist nichts als die Empfangnahme einer Nachricht über die zwischen dem Verkäufer und Käufer verabredete Verweisung, wovon der Gläubiger Gebrauch machen kann, oder nicht. (pag 83 l. c.).

Ebensowenig kann es rechtlich zulässig sein, daß der Gläubiger die Verweisung einseitig so auslege, wie es ihm am zuträglichsten scheint. (pag. 132)

Auf die am Schlusse des allegirten Aufsatzes aufgestellten widersprechenden Resultate entgegne ich, einmal, daß ein Gläubiger, der sich nicht vorher durch seinen Schuldner, den Verkäufer hat versichern lassen, es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er in Folge dessen s. 3. in Verlust fällt, und daß er durch eine solche Verweisung an den Käufer sogar besser gestellt wird, weil er nun statt eines Schuldners zwei hat, also eher Hoffnung haben kann, bezahlt zu werden — abgesehen von dem Rechtsmittel des L.R.S. 1166.

Dagegen will ich ein noch weit widersprechenderes Resultat der willkürlichen Auslegung der Verweisungen hier erwähnen. — Ich setze den Fall, der Liegenschaftsverkäufer seie dem A. auf Handschrift 100 fl. und dem B. auf ältere Pfandurkunde 200 fl. schuldig; in Folge des Liegenschaftsverkaufs bekommen nun A. und B. Verweisungen auf den Kaufschilling beim Käufer. Wenn nun eine solche Verweisung ohne alles weitere Zuthun eine Uebertragung des Kaufschillings wäre, so müßte in der Gant des Käufers auch B. Kaufschilling mit Vorzugsrecht vom Kauftage anmelden, also mit dem Handschriftsgläubiger A. concurriren und im Falle des Mindererlöses mitverlieren!

Davor wird sich aber B. einfach zu wahren wissen, daß er bei seiner vorher verhypothezirten Darleihensforderung stehen bleibt, — trotz der Verweisung. — —

Wie soll also A. vermöge derselben Verweisung berechtigt sein, einseitig von dem Titel seines Darleihens auf jenen des Kaufschillings mit Vorzug überzuspringen?

Sodann ist es unbestritten, daß der Gläubiger ohne ausdrückliche Freilassung seines bisherigen Schuldners, denselben wieder belangen kann. Dies kann aber doch wohl nur auf den Grund des Vertrages, d. i. des Darleihens geschehen. Demnach hätte ein Gläubiger ohne sein Zuthun für das nemliche Guthaben zwei Schuldner aus zweierlei Rechtstiteln, was Niemand würde rechtfertigen wollen.

Die oft erwähnte Belehrung des Amtes Triberg wird daher doch richtig sein, wie dies auch von der Redaktion dieser Blätter unwiderrufen anerkannt worden ist.

H.

III.

Auslegung einer Appellationsanzeige.

Pr.O. §. 1143.

In Sachen der Ehefrau des Sebastian Hauser gegen ihren Ehemann, Vermögensabsonderung betr., verwarf das Hofgericht des Seekreises die gegen das amtliche Urtheil, wodurch die Vermögensabsonderung zwischen der Klägerin und dem Beklagten Ehemanne ausgesprochen wurde, ergriffene Appellation als unzulässig, weil der Beklagte nach Inhalt des Amtsprotokolls vom 10. März gegen das ihm am 2. desselben Monats verkündete Urtheil die Appellation nur wegen des Kostenpunktes angemeldet hat, nicht aber auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache, er vielmehr sich mit der Vermögensabsonderung einverstanden erklärte, und die Einreichung der Beschwerdeschrift erst am 28. April, somit nicht im Laufe der gesetzlichen Frist von 42 Tagen erfolgte.

Von dem großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Erkenntniß aufgehoben, die Einführung der Appellation als rechtzeitig erklärt und die Sache dem Hofgericht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung überwiesen.

Gründe.

Die Fassung des amtlichen Protokolls vom 10. März läßt es zweifelhaft, ob der Beklagte die Berufung gegen das amtliche Urtheil nur in Beziehung auf den Kostenpunkt, oder auch in Ansehung des übrigen Inhalts habe anmelden wollen. Ausdrücklich zeigte derselbe zwar nach dem Eingange des Protokolls nur „den Rekurs wegen des Kostenpunktes“ an. Er läßt dann aber eine Art Rechtfertigung folgen, warum nicht er, sondern die Klägerin die Kosten zu tragen habe und fügt dieser sofort bei, daß er zunächst verlange, daß der zwischen ihm und der

Klägerin vor dem Urtheil abgeschlossene Vergleich (statt der im Urtheil erkannten Vermögensabsonderung) vollzogen und nur dann, wenn dieser nicht gelte, die Absonderung nach dem Gesetz zum Vollzug gebracht werden solle. Er sprach demnach auch seine Unzufriedenheit mit dem Urtheil in der Hauptsache aus. Jedenfalls war die Erklärung des Beklagten in dieser Hinsicht eine zweideutige, die mindestens die Annahme eines Verzichts auf die Berufung in der Hauptsache als unzulässig erscheinen läßt. Lag aber ein solcher nicht vor, als die ganz allgemeine spätere Berufungsanzeige vom 16. März, am folgenden Tage, also nach §. 1141 und §. 230 Pr.O. rechtzeitig bei Amt einlangte, so erscheint das Rechtsmittel auch in Bezug auf die Hauptsache gewahrt, obwohl die Beschwerdeschrift verspätet eingereicht worden ist; der Beklagte ist daher beschwert, wenn das großh. Hofgericht dasselbe wegen Versäumung bei den Nothfristen für unstatthaft erklärt hat.

Hgr.

IV.

Diebstahl der Nachtwächter.

§. 385. Ziff. 10 St.G.B.

Annalen XIV. S. 89. XVIII. S. 189. XXI. S. 244.

Das Strafedikt hat in §. 87 den Diebstahl der Nachtwächter ausdrücklich unter den qualificirten Diebstählen aufgeführt. In §. 385. Ziff. 10 St.G.B. ist von den Nachtwächtern nicht ausdrücklich, sondern nur von aufgestellten Feldhütern, Waldhütern und anderen Wächtern die Sprache. Von dem Hofgericht des Seekreises wurden aber schon seit dem Jahr 1851 zu diesen Wächtern auch die Nachtwächter gerechnet, ein erschwerter Diebstahl jedoch nur dann angenommen, wenn er an Sachen verübt wurde, die zu den ihnen zur Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenständen gehört haben. Haben die entwendeten Sachen nicht zu den ihnen zur Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenständen gehört, haben die Nachtwächter z. B. Gegenstände entwendet, welche außerhalb dem Distrikte sich befinden, den sie zu begehen hatten, so wurde von dem Hofgericht des Seekreises kein erschwerter Diebstahl angenommen. In nachstehendem Falle hat dieser Gerichtshof den Diebstahl eines Nachtwächters als erschwerten Diebstahl angesehen. Ein Nachtwächter entwendete aus der Gemeindescheuer Heu im Werthe von 2 bis 3 Kreuzer und wurde hiefür vom Bezirksamt E. polizeilich bestraft. Anläßlich der Prüfung der Criminaltabelle erhielt der Gerichtshof hievon Kenntniß, welcher unter Hinweisung auf §. 385 Ziff. 10 St.G.B. §. 16 Ziff. 10 und §. 34 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 bei großh. Seekreisregierung den Antrag stellte, das Erkenntniß der Polizeibehörde als unzuständig erlassen, aufzuheben. Nachdem diesem Antrage entsprochen worden war, wurde vom Hofgericht der Angeschuldigte Cajetan Neidhard des ersten gemeinen unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 Z. 10 St.G.B. verübten Diebstahls für schuldig erklärt, jedoch der von der Polizeibehörde erkannte, bereits erstandene Arrest von 12 Tagen als Strafe angerechnet. In den Entscheidungsgründen ist gesagt: „Da der Angeschuldigte zur Zeit des Diebstahls Nachtwächter der Gemeinde E. war und er die Entwendung an einem innerhalb des Ortes E. befindlichen Gegenstande verübte, so liegt hier ein erschwerter Diebstahl vor. §. 385 Zf. 10 St.G.B. Daß der Angeschuldigte als Nachtwächter nicht verpflichtet ist, hebt das Dasein des erwähnten Erschwerungsgrundes nicht auf. Denn des Angeschuldigten Eigenschaft als Wächter allein bildet die Voraussetzung dieses Erschwerungsgrundes, die hinzutretende Verpflichtung wäre nur etwa ein Straferhöhungsgrund."

Haager.

V.

Das Ausgeben gefundener falscher Münzen ist nicht nach §. 512, sondern nach §. 527 St.G.B. zu beurtheilen.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde in der Untersuchungssache gegen Maria Agatha und Helena März wegen Ausgebens falschen Geldes

in Erwägung, daß mehr nicht erwiesen ist, als daß die Helena März einen falschen Fünffranken-Thaler gefunden und im Bewußtsein, daß derselbe falsch ist, in Verbindung mit der Mitangeschuldigten Maria Agatha März das falsche Geldstück später als ächt wieder ausgegeben hat;

in Erwägung, daß das Finden falschen Geldes nicht dem Ansichbringen solchen Geldes gleichsteht,

vielmehr hier der §. 527 St.G.B. Anwendung findet, indem die hier behandelten Fälle an die Stelle der früher nach dem Straf Ed. §. 47 lit. f. mit Strafe bedrohten Fälle getreten sind, dort aber zum Thatbestand dieses geringen zu ahnenden Münzvergehens verlangt wird, daß der Betreffende „die falschen oder verfälschten Münzen redlicher Weise überkommen," daher es darauf nicht ankommt, ob der redliche Erwerb in Folge eines belastenden Vertrages oder einer Schenkung oder durch Finden geschehen ist;

in Erwägung, daß die Angeschuldigten nach dem Maaße ihrer Einsicht und von ihrem Standpunkte aus das gefundene Geldstück anfänglich und insbesondere zur Zeit des Erwerbs gar leicht für ein ächtes ansehen konnten und nur das als erwiesen angenommen werden kann, daß sie es bei dessen zweimaliger Ausgabe als unächt erkannt haben müssen; — verfügt, daß theils wegen Mangels im Thatbestand eines gerichtlich strafbaren Vergehens, theils wegen Unzulänglichkeit der Beweise bezüglich des Verbrechens des §. 512 des St.G.B. kein Grund zur weiteren gerichtl. Verfolgung vorhanden sei, übrigens dem Bezirksamt D. als Polizeibehörde überlassen bleibe, das Vergehen zu bestrafen. (Annalen XVIII. S. 204).

Haager.

VI.

Vermögensabsonderung.

L.R.S. 1443.

In Sachen der Ehefrau des Sebastian Hauser gegen ihren Ehemann, Vermögensabsonderung betr., hat großh. Oberhofgericht entschieden, daß zur Begründung der Klage auf Vermögensabsonderung die Thatsache eines für die Ehefrau bereits eingetretenen Verlustes oder eine schon vorhandene Vermögensunzulänglichkeit auf Seite des Ehemannes zur Befriedigung ihrer Ansprüche gesetzlich nicht erfordert wird, hierzu vielmehr schon das Dasein der bloßen Gefahr, d. h. die durch die zerrüttete Vermögenslage des Ehemannes gerechtfertigte Besorgniß genügt, daß derselbe zur Befriedigung der Ansprüche der Frau auf Ergänzung ihres Beibringens künftighin außer Stande sein werde, worüber das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, L.R.S. 1443.

Zachariä, Civilrecht, Band III. §. 516, und daß als eine solche Thatsache, welche die Unordnung und zerrüttete Lage der Vermögensverhältnisse darstelle, insbesondere die vom Manne geschehene Veräußerung der zum Betriebe eines Bauerngutes unentbehrlichsten Erfordernisse (z. B. des Viehs, des gesammten Fruchtvorraths rc.) erscheint, wobei es auf den mehr oder weniger hohen Grad des eigenen Verschuldens, welcher der Frau an den obwaltenden Verhältnissen zur Last fallen möge, nicht weiter ankömmt.

Hgr.

VII.

Ohne Streitobjekt keine Klage.

Nachdem zwei kinderlose Eheleute am 12. Oktober 1850 ihr vorher inventarisirtes Vermögen einem Verwandten zu Eigenthum übergeben hatten, starb der Ehemann am 7. Februar 1851. Die Intestaterben desselben erhoben hierauf gegen den Uebernehmer eine Klage, worin die Theilung des Nachlasses gesetzlicher Ordnung nach begehrt wurde, weil der Act vom 12. Oktober 1850 als Schenkung unter Lebenden nach L.R.S. 943 nichtig sei, indem darin dem Beklagten nicht nur das gegenwärtige, sondern auch jenes Vermögen, welches die Uebergeber dereinst hinterlassen würden, zugedacht werde.

In der Replik erklärten jedoch die Kläger ausdrücklich, daß sie nur jene Bestimmung der Vermögensübergabe als nichtig anfechten wollten, durch welche der Erblasser sein künftiges rücklassendes Vermögen dem Beklagten vermacht oder geschenkt habe.

In letzter Instanz wurden die Kläger auf den Grund einer zerstörlichen Einrede abgewiesen.

Diese Abweisung dürfte sich auch noch aus einem andern Gesichtspunkte rechtfertigen lassen.

Die Uebergabe ist nur in so weit angefochten, als sie künftiges Vermögen zum Gegenstand hat, und folglich in Ansehung des gegenwärtigen zu Recht beständig. L.R.S. 6 a.

Daraus folgt, daß keinenfalls die ganze Uebergabe aufgehoben werden könnte, weil das Geschäft unstreitig theilbar ist. Nun haben aber die Kläger nirgends behauptet, daß sich in dem Nachlasse des Ehemannes irgendwelches seit dem 12. Oktober 1850 erworbenes Ver-

mögen befinde, geschweige denn dasselbe bezeichnet und ihren Anspruch darauf geltend gemacht. In den Verhandlungen kommt namentlich kein Wort darüber vor, daß das auf Ableben des Ehemannes errichtete Inventar etwas Anderes enthalte, als jenes, welches der Uebergabe zu Grund liegt. Es fehlt somit der Klage an dem Wesentlichsten, nemlich an einem Streitobjecte, welches getheilt werden sollte.

Der Streit drehte sich folglich um Nichts; denn wäre die Uebergabe bezüglich der künftigen Güter als nichtig aufgehoben und die Theilung derselben verordnet worden, so würde sich beim Vollzug gezeigt haben, daß dieses Urtheil eine hohle Phrase ist.

VIII.

Curiosum.

Die Wittwe A. M. E. geb. G. von U. bedurfte zur Erhebung einer Arrestklage eines gemeinderäthlichen Zeugnisses über die Vermögensverhältnisse ihres Schuldners, des L. Z. in O. Sie wendete sich zu Erlangung eines solchen durch ihren Anwalt wiederholt an den Gemeinderath O. Derselbe entsprach aber in keiner Weise ihrem Ansuchen, ließ vielmehr die an ihn gerichteten Schreiben unbeantwortet.

Der Anwalt beschwerte sich hierwegen beim Bezirksamte O. und bat: den Gemeinderath zur Ausstellung des verlangten Zeugnisses zu verhalten.

Auf diese Bitte erging am 30. Oktober 1854 No. 26,640 wörtlicher

Beschluß:

„Dem Adv. M. in D. wird erwiedert, daß man der Beschwerdeführerin überlassen müsse, wenn sie in einer gerichtlichen Sache die Vermögensverhältnisse ihres Gegners darzustellen habe, beim Richter ihre Anträge deßhalb zu stellen, und man sich deßhalb nicht veranlaßt sehe, den Gemeinderath in O. im Verwaltungswege anzuhalten, daß er ihr in Instruirung eines Rechtsstreits beistehe."

Der Anwalt entgegnete hierauf, daß dem großh. Bezirksamte die Aufsicht über die Gemeindebehörden im Verwaltungswege zustehe, und daß dasselbe den Gemeinderath in Erfüllung seiner Pflichten zu überwachen, und ihn dazu, wenn er säumig, zu veranlassen habe ꝛc.

Für den Fall, daß das großh. Bezirksamt, als Verwaltungsbehörde, bei seiner Ansicht beharren sollte, wurde gebeten, die Sache an den Justizrespizienten abzugeben.

Hierauf erfolgte unterm 16. Nov. 1854 No. 28,127 die richterliche Verfügung.

„In Anbetracht, daß Klägerin die Herausgabe einer Urkunde, beziehungsweise die Ausstellung eines Zeugen von dritten Personen, welche in ihrem Rechtsstreit nicht Partei sind, verlangt;

in Anbetracht, daß aus dem Vortrage der Klägerin eine Verbindlichkeit zur Ausstellung einer solchen Urkunde nach §. 749 weder entnommen werden kann, auch ein solcher Verpflichtungsgrund nicht ausdrücklich angeführt wurde;

in Anbetracht, daß abgesehen hievon, dieses Gesuch die Bedingungen des §. 746 der Pr.O. *) enthält, auch den Umstand, daß die Bittstellerin von der Administrativbehörde mit ihrem Gesuch bereits abgewiesen wurde, nicht als rechtlicher Klaggrund benützt werden kann, so ergeht hierauf aus diesen Gründen

Erkenntniß.

Das Editionsgesuch der Klägerin findet unter Verfällung derselben in die Kosten nicht statt.

V.R.W.

M.

*) Das Wort „nicht" fehlt im Orginal.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 4. Mannheim, 20. Januar 1855.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht.)

1.

Die Klage des Acceptanten eines gezogenen Wechsels gegen den Trassanten auf Deckung des gezahlten Wechselbetrags erfordert zu ihrer Begründung die Aufdeckung des dem Wechselzuge zu Grund liegenden Rechtsgeschäfts.

Der Consul E. hatte auf Grund rechtskräftiger im Wechselprozeß erfolgter Verurtheilung dem Kaufmann W. den Betrag eines von demselben auf ihn gezogenen und von ihm acceptirten, Mangels Zahlung am Verfalltage Seitens des ersteren protestirten, von dem Remittenten wieder eingelösten Wechsels die verschriebene Summe von 975 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. gezahlt. Der Acceptant E. nahm demnächst unter Berufung auf den durch den Wechsel selbst dargestellten, dem Accepte zu Grunde liegenden Auftrag im gewöhnlichen Prozesse den Trassanten W. auf Deckung resp. Zahlung von 975 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen in Anspruch.

Der Verklagte stellte die Richtigkeit des Fundaments des Auftrags in Abrede und behauptete unter Andern, daß Kläger bereits von dem Remittenten Deckung erhalten habe. — Der erste Richter wies den Kläger ab; der zweite Richter verurtheilte den Verklagten nach dem Klagantrage. Der Appellationsrichter sah das Verhältniß des Trassaten zum Trassanten gerade so an, wie das zwischen dem Assignaten und Assignanten bestehende, und hielt deßhalb den Trassaten nach dem §. 65 I. 13 des allgem. Landrechts zur Erstattung der geleisteten Zahlung verpflichtet.

Das Obertribunal hat unterm 2. Juni 1853 auf die Revision des Verklagten das erste Urtheil wiederhergestellt.

G r ü n d e :

Kläger hat sich zur Begründung seiner Klage nur auf den in dem Wechsel enthaltenen Auftrag berufen, ohne speziell hervorzuheben, und unter Beweis zu stellen, welches Verhältniß in Wirklichkeit zwischen ihm und dem Verklagten bestanden und dem Wechselzuge untergelegen hat. Es ist indeß außer Zweifel, und wird durch die tägliche Erfahrung bestätigt, daß das zwischen dem Trassaten und Trassanten obwaltende, wahre Verhältniß ein ganz anderes, als das des Mandats, sein kann, und in der Regel ist, daß die Veranlassung und Unterlage des Wechselzugs in den verschiedenartigsten Verkehrsverhältnissen und deßhalb auch in den rechtlich verschiedensten Obligationen liegt. Daraus folgt für die im ordentlichen Prozesse zu verfolgende Deckungsklage des Trassaten gegen den Trassanten, daß die blose Berufung auf den in dem Wechsel dargestellten Zahlungsauftrag zur Begründung nicht schlechthin genügt, daß vielmehr das den Wechselzug im Gefolge habende wirkliche Geschäft aufgedeckt, und von dem Trassaten dargelegt werden muß, daß und inwiefern der Trassant aus diesem Geschäfte zur Beschaffung der Deckung verpflichtet ist.

Durch den Plenarbeschluß vom 21. Mai 1846 ist zwar der dieser Ausführung entgegenstehende Grundsatz festgestellt worden, daß es bei der Klage des Bezogenen gegen den Wechselaussteller auf Erstattung des in Folge der Tratte Gezahlten, Sache des Ausstellers ist, den Einwand zu beweisen, daß der Bezogene vollständige Deckung von ihm erhalten habe, und es ist insbesondere in der Begründung dieses Plenarbeschlusses geltend gemacht, daß es für die Deckungsklage genüge, durch Produktion des gezogenen und quittirten Wechsels den Auftrag und dessen

Erfüllung nachzuweisen. Allein jener Plenarbeschluß ist wesentlich auf die Vorschriften des Wechselrechts des allgemeinen Landrechts gegründet und aus ihnen geschöpft; er kann auf Verhältnisse, die sich, wie im vorliegenden Falle, unter der Herrschaft der neuen Wechselordnung gebildet haben, nicht Anwendung finden. Zwischen den Bestimmungen des allgemeinen Landrechts von Wechseln, und denen der deutschen Wechselordnung waltet unter Andern die in dieser Beziehung wesentliche Verschiedenheit ob, daß, während das allgemeine Landrecht im §. 1132. II. 8. ein Wechselrecht des Ausstellers gegen den Acceptanten nicht anerkennt, gerade entgegengesetzt die neue Wechselordnung im §. 23. verordnet, daß der Bezogene auch dem Aussteller aus dem Accepte wechselmäßig verhaftet ist. Welche legislativen Motive zu dieser principiellen Verschiedenheit Veranlassung gegeben haben, erhellt aus dem gedruckten und veröffentlichten Entwurf einer Wechselordnung für die Preußischen Staaten, S. 49 ff., welcher bezüglich des dem Aussteller gegen den Bezogenen beigelegten Wechselrechts nach dem Leipziger Conferenzprotokolle vom 3. November 1847 Anerkennung und unveränderte Aufnahme in die neue Wechselordnung gefunden hat. Jene principielle Verschiedenheit führt aber auch wesentlich zu einer andern Regulirung der Beweislast bezüglich der Deckungsklage und damit auch zu einer andern Begründung dieser selbst. Denn es leuchtet ein, daß der Bezogene die Wechselklage des Ausstellers nicht durch die bloße Berufung auf den im Wechsel dargestellten Auftrag des Trassanten und dessen Erfüllung elidiren kann, sondern daß er das zwischen ihnen obwaltende wirkliche Verhältniß, auf Grund dessen er Deckung zu verlangen sich berechtigt hält, und mit welchem er den Wechselanspruch des Trassanten zu beseitigen gedenkt, darlegen und nach den allgemeinen prozessualischen Regeln von der Beweislast in den Formen des Wechselprozesses nachweisen muß. So aber, wie seine Stellung als excipirender Verklagter in dem von dem Trassanten gegen ihn angestellten Wechselprozesse ist, so und nicht anders stellt sie sich, wenn er in einer selbstständigen Klage nach Zahlung des Wechsels Deckung von dem Aussteller verlangt, nur mit dem Unterschiede, daß er hier den Beweis in den Formen des gewöhnlichen Prozesses zu übernehmen hat, da ihm das Wechselrecht gegen den Trassanten versagt ist. Wollte man das Gegentheil annehmen, so müßte jeder Zieher eines Wechsels, wenn er gegen den Acceptanten klagt, schon im Wechselprozesse, sei es in der Klage oder in der Replik, das dem Wechsel zu Grunde liegende andere Geschäft darlegen und unter Beweis stellen, also einen Nachweis im Wechselprozeß übernehmen, mit dem das Fundament seines Anspruches eine ganz andere Basis erhielte, als in dem Wechsel liegt, mit dem also das ihm beigelegte Wechselrecht als solches nicht bestehen kann.

Kann demnach die lediglich auf den im Wechsel dargestellten Auftrag gegründete Klage für gehörig begründet nicht erachtet werden, so folgt, daß der Kläger mit dieser Klage abgewiesen, und das erste, dieselbe zurückweisende Urtheil unter Abänderung der Appellationsentscheidung wieder hergestellt werden muß."

Von der Richtigkeit dieser Entscheidung kann ich mich nicht überzeugen. Der Bezogene, welcher einen Wechsel zahlt, handelt im Auftrag des Ausstellers, wie aus dem Inhalt eines gezogenen Wechsels hervorgeht. Denn es heißt darin: „Zahlen Sie an die Ordre des Herrn N. N. „die Summe von ...... und stellen solche auf meine „(unsere) Rechnung u. s. w." Dieser Wortlaut, welcher selten eine wesentliche Veränderung erleidet, wird unterstützt durch den Avisbrief, welcher der Ausstellung eines Wechsels gewöhnlich vorangeht, und in welchem der Aussteller dem Bezogenen Nachricht davon gibt, daß er einen Wechsel von dem oder dem Betrag auf ihn gezogen, und worin er ihn ersucht, solchen bei Vorkommen einzulösen; es versteht sich von selbst, daß in diesem Brief auch von der Deckung des Bezogenen die Rede ist, und daß hieraus in der Regel entnommen werden kann, welches Verhältniß unter den Parteien obwaltet, ob z. B. der Aussteller für den Betrag seines Guthabens zieht, oder ob er Credit bei dem Bezogenen in Anspruch nimmt? Im letztern Fall wird aus der Correspondenz sich auch ersehen lassen, wie und unter welchen Bedingungen der Bezogene den begehrten Credit bewilligt hat. Wo aber der Aussteller seit einer Reihe von Jahren in einer Geschäftsverbindung mit dem Bezogenen steht, wo eine laufende Rechnung zwischen Beiden geführt wird, läßt sich aus dem Avisbrief gewöhnlich mehr nicht ersehen, als die Mittheilung, daß der Wechsel für den Betrag an die Ordre des X. gezogen wurde, verbunden mit dem Ersuchen um Einlösung (um Schutz oder Honnorirung). Darin liegt ein Auftrag zur Zahlung einer bestimmten Summe an einen Dritten; ebenso in dem Wortlaut des gezogenen Wechsels. Auch ist, so viel mir bekannt, das Rechtsverhältniß zwischen Aussteller und Bezogenen zu allen Zeiten als Mandat aufgefaßt worden. Steht aber einmal

diese Ansicht fest, so kann es nach römischem wie nach französischem Recht keinem Zweifel unterliegen, daß der Bezogene, welcher qua Mandatar den Wechsel für den Aussteller eingelöst hat, berechtigt ist, von diesem, als seinem Mandanten, den Ersatz seiner Auslagen nebst Zinsen zurück zu verlangen.

Art. 1999 des Code c. und des bad. L.R. l. 10. §. 9. 10. 11. l. 12. §. 9. l. 27. §. 4. l. 56. §. 4 und 5. Mandati.

Auch das Preußische Landrecht scheint damit in vollständigem Einklang zu stehen, da aus den obigen Entscheidungsgründen hervorgeht, daß nach einem Plenarbeschluß des kön. Obertribunals in Berlin v. 21. Mai 1846 die Klage des Bezogenen auf Rückerstattung des bezahlten Wechselbetrags sammt Zinsen keinem Anstand unterlag, und dem Aussteller überlassen blieb, einredend die Compensation wegen einer ihm gegen den Bezogenen zustehenden Forderung geltend zu machen. Dies ist auch allein das richtige, den Regeln des Prozesses entsprechende Verhältniß. Der Bezogene hat durch Einlösung des Wechsels eine Forderung an den Aussteller erworben, und macht diese mit der actio mandati geltend; der Beklagte kann „möglicher Weise" schon zur Zeit der Ausstellung des Wechsels eine Forderung an den Bezogenen gehabt, oder auch während der Zeit, als der Wechsel lief, eine solche erworben haben. Diese Möglichkeit hebt die Klage nicht auf, sondern gibt, wenn sie eine Wirklichkeit geworden, dem Beklagten das Recht, seine Forderung einredend geltend zu machen. Die oben mitgetheilten Entscheidungsgründe erkennen dies auch an, führen aber unter Berufung auf die Motive zu dem von Preußen ausgegangenen Entwurf einer allg. deutschen Wechselordnung aus, daß, weil diese dem Aussteller eine Wechselklage gegen den Acceptanten zugestehe, das Verhältniß geändert sei, und nunmehr der zahlende Acceptant nicht mehr die Mandatsklage habe, sondern durch Aufdeckung des dem Wechselzuge zu Grund liegenden Verhältnisses darthun müsse, daß ihm aus der Zahlung des Wechsels eine Forderung an den Aussteller erwachsen sei. Dies sagt mit andern Worten soviel, als „der Bezogene müsse behaupten und darthun, daß er den Wechsel eingelöst habe, *ohne vorher Deckung dafür erhalten zu haben*. Insoweit diese Ansicht aus den Motiven zu dem Preußischen Entwurf gerechtfertigt werden will, lasse ich zur bessern Würdigung dieses Grundes die betreffende Stelle folgen:

„Das Accept, heißt es dort S. 55, beweist nicht die Deckung und der Acceptant braucht, wie gewöhnlich angenommen wird, bei der Rückforderung des Gezahlten seiner Seits keinen andern Klagegrund als die Zahlung zu beweisen" (Entscheidungen des geheimen Obertribunals Band 13 S. 75.) Man sagt deßhalb, es stehe dem Trassanten eine liquide Einrede entgegen, und in der That sollte eben aus diesem Grunde in einem früheren Entwurfe die Wechselklage des Ausstellers durch den liquiden Beweis bedingt werden, daß Deckung gegeben oder für Rechnung eines Dritten gezogen sei. Allein es verhält sich hiermit im Wesentlichen fast so, wie beim Wechsel selbst mit der Valuta, deren Empfang nicht bescheinigt ist. Dem Accept können ebenso, wie dem Wechsel die verschiedensten Verhältnisse zum Grunde liegen. Ob dem Acceptanten eine Forderung an den Trassanten schon in Folge des Accepts zusteht oder in Folge der Zahlung zustehen wird, hängt von den Umständen ab.

Wie das Wechselrecht des Remittenten und der civilrechtliche Anspruch des Trassanten wegen der Valuta, so stehen auch das Wechselrecht des Trassanten und die Forderungen des Trassaten nicht nothwendig in dem Verhältnisse des wechselseitigen Bedingens, und darum braucht auch die Wechselklage des Trassanten ebensowenig, wie die des Remittenten, durch den vorgängigen Beweis, daß der Gegner befriedigt sei, bedingt zu werden.

Die vermeintliche liquide Einrede könnte nur daher entnommen werden, daß der Trassant etwas fordere, was er nach geleisteter Zahlung, und zwar sofort, zurückerstatten müsse. Allein die Verbindlichkeit zur sofortigen Erstattung ist, wie bemerkt, keineswegs eine nothwendige Folge der Zahlung; thatsächlich tritt sie vielmehr nur ausnahmsweise ein.

Das „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" ist im Wechselrecht nur mit Einschränkung anwendbar. Die Einrede ist vollkommen begründet, wenn sich Wechselrecht und Wechselrecht einander gegenüber stehen; aber man kann nicht zugeben, daß jede durch die Zahlung des Wechsels möglicher Weise entstehende civilrechtliche Forderung, blos darum, weil der Zahlende, einen andern Klagegrund nicht zu beweisen hat, als liquide exceptio doli das Wechselverfahren aufhalten und solchergestalt den Berechtigten nöthigen könne, erst einen weitläufigen Beweis zu führen. Auf den Beweis der geleisteten Deckung kann es höchstens ankommen, wenn der Bezogene einredend liquide stellt, daß er in blanco girirt und ausdrücklich die Beschaffung der Zahlungsmittel vor Verfall aus-

bedungen, also nur bedingungsweise sich verpflichtet habe. Wäre dieser Fall, welcher in ganz ähnlicher Weise auch beim Wechsel selbst vorkommen kann, im heutigen Gange des Verkehrs die Regel, so hätte man allerdings Veranlassung, bei Zulassung der Wechselklage des Trassanten zugleich den liquiden Beweis der Deckung, der Kreditleistung rc. rc. zu fordern. Aber da dies nur der seltenere Fall ist, so ist er hier ebensowenig wie beim Wechsel zu berücksichtigen. Ueber die Einreden, welche im Falle der Liquidstellung aus den besonderen Verabredungen der Betheiligten entnommen werden können, bedarf es hierbei in der Wechselordnung keiner Bestimmung. (Vrgl. übrigens Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2 S. 25 ff.)

Das nach diesen Erwägungen angenommene Wechselrecht des Trassanten bietet überdieß noch den Vortheil, daß es das ganze Verhältniß vereinfacht, und eine Reihe bisheriger Controversen niederschlägt." —

Aus dieser Ausführung ergibt sich, daß man bei Feststellung des Klagsrechts des Ausstellers gegen den Acceptanten keineswegs den Grundsatz des Code de commerce Art. 117

l'acceptation suppose la provision

angenommen, sondern recht wohl eingesehen hat, daß Fälle vorkommen können, in welchen der Aussteller mittelst der Wechselklage gegen den Acceptanten Etwas fordert, was er sofort zurückerstatten müßte (petit quod redditurus est); man hat aber diese Möglichkeit nicht für so gewichtig erachtet, um sich dadurch von der fraglichen Bestimmung, welche durch andere Rücksichten geboten war, abhalten zu lassen. Es ist dabei insbesondere Ein Gesichtspunkt hervorgehoben, der für unsere Frage entscheidend sein mag: der Aussteller kann nemlich, dem Remittenten gegenüber, ganz in den nemlichen Fall kommen, wie der Acceptant dem Aussteller gegenüber, wenn er dem Remittenten den Werth des hingegebenen Wechsels geborgt hat und wenn dieser, weil der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt, sondern protestirt wurde, mit der Rückgriffsklage gegen ihn auftritt. Hier fordert der Remittent ebenfalls Etwas, das er zurückgeben muß, dennoch nimmt man keinen Anstand, die Rückgriffsklage des Remittenten zuzulassen, warum sollte also die Klage des Ausstellers gegen den Acceptanten beanstandet werden? Indem man diese Klage zuließ, hat man daher keineswegs das civilrechtliche Verhältniß der Interessenten aufheben oder verändern wollen, wie es ja bekanntlich überhaupt in der Tendenz der Leipziger Conferenz lag; nur den Lauf des Wechsels zu reguliren, allen andern aber, insbesondere den durch Ausstellung, Indossirung oder Zahlung der Wechsel hervorgerufenen civilrechtlichen Fragen sorgfältig aus dem Weg zu gehen.

Es bleibt nun allein noch zu erörtern, ob richtig ist, was die Entscheidungsgründe sagen, daß eine Inconsequenz darin liegen würde, wenn man dem Acceptanten die actio mandati aus der Thatsache der Zahlung des Wechsels einräumen, ihm aber gegen die Klage des Ausstellers die exceptio doli, quia petit quod redditurus est, versagen wollte. Hierbei dürfte zu berücksichtigen sein, daß, wenn die Lage des Acceptanten, dem Aussteller gegenüber, im Vergleich zur frühern Gesetzgebung verschlimmert ist, darin kein Grund liegen kann, diese also verschlimmerte Lage als Motiv einer weitern Benachtheiligung desselben zu benutzen, und ihm auch das Mittel, welches er in der actio mandati besaß, um die gemachte Zahlung wieder zurückzufordern, entweder vollständig zu nehmen oder wenigstens an solche Voraussetzungen, die den Erfolg zweifelhaft machen, zu knüpfen. Eher würde eine Erleichterung der Rechtsverfolgung für den Acceptanten gerechtfertigt sein. Indem man daher einer Inconsequenz aus dem Weg gehen will, begeht man eine Ungerechtigkeit, während wenn man bei der bisherigen Theorie, welche durch einen Plenarbeschluß des P. Obertribunals in Berlin adoptirt war, verbleibt, man dem Acceptanten die Möglichkeit läßt, die Härte, welche das neue Gesetz in manchen Fällen für ihn haben kann, wieder auszugleichen.

2.

a) Der blose Besitz des eingelösten Wechsels und des Protests legitimirt den Inhaber zur Regreßklage gegen die Vormänner und den Aussteller, ohne daß es der Beibringung einer Quittung des befriedigten Wechselgläubigers oder eines sonstigen Nachweises über dessen Befriedigung bedarf.

b) Zur Wechselklage des Einlösenden gegen den Acceptanten legitimirt schon der Besitz des Wechsels ohne die Protesturkunde.

Der Hauseigenthümer P. in B. hatte einen auf ihn von dem Bäckermeister N. daselbst an eigene Ordre gezogenen Wechsel über 150 Thl. am Verfalltage acceptirt, jedoch nicht bezahlt.

Der Wechselinhaber Kaufmann B. nahm deßhalb nach erhobenem Proteste den P., als Acceptanten, und

den R. als Aussteller und ersten Indossanten, auf Zahlung des Wechselbetrags solidarisch in Anspruch und erstritt ein obsiegliches Judicat. R. behauptete hiernächst dem B. zur Berichtigung des Wechsels zuerst 150 Thlr. nebst 6 pCt. Zinsen seit dem Verfalltage und dann 3 Thl. 15 Sgr. gezahlt zu haben, und verlangte unter Ueberreichung des Wechsels nebst Protest und einer Quittung des B. über 3 Thlr. 15 Sgr. die wechselmäßige Verurtheilung des B. zur Erstattung dieser Summen. In Betreff der behaupteten Zahlung der 150 Thlr. nebst Zinsen berief sich Kläger auf Zeugen. Die Richter der beiden untern Instanzen verurtheilten den Verklagten nur zur Zahlung der anerkannten 3 Thl. 15 Sgr. nebst Zinsen, und wiesen den Kläger mit der Mehrforderung ab.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers hat das Obertribunal unterm 15. November 1853 das Appellationsurtheil insoweit, als durch dasselbe Kläger mit seinem rechtmäßigen Anspruche auf Zahlung von 150 Thlr. nebst Zinsen abgewiesen worden, vernichtet, und den Verklagten auch zur Zahlung dieser 150 Thlr. nebst Zinsen verurtheilt und ausgeführt:

Der Appellationsrichter hat in Betreff des Anspruches des Klägers auf Zahlung des Wechselbetrages der 150 Thlr. nebst Zinsen es für vollkommen ausreichend zur Verfolgung dieses Anspruchs im Wechselprozesse erachtet, wenn der Kläger in Beachtung des Art. 51 der deutschen Wechselordnung sich den quittirten Wechsel mit dem Proteste von dem R. hätte aushändigen lassen, daß es aber von ihm versäumt worden sei; bei der angeblich geleisteten Zahlung an B. auf dem Wechsel vermerken zu lassen, daß er gezahlt habe, und daß ihm quittirt werde, und danach angenommen, daß bei den in der Klage gemachten Angaben der Wechsel allein den Kläger noch nicht zur Wechselklage legitimire, daß es vielmehr seine Sache sei, die von ihm bewirkte Befriedigung des B. in einer im Wechselprozesse zulässigen Weise nachzuweisen. Dies sei nicht geschehen. So gelangt der Appellationsrichter zur Abweisung des Anspruchs auf Zahlung der 150 Thlr. nebst Zinsen.

Dieser Ausführung kann nicht beigepflichtet werden, und erscheint die dagegen von dem Imploranten erhobene Rüge der Verletzung des Satzes, daß der Beweis einer Thatsache nicht gefordert werden darf, für welche eine rechtliche Vermuthung streitet, in Verbindung mit der Rüge der Verletzung der Art. 48 und 51 der Wechselordnung und des §. 179 I. 7 des allgemeinen Landrechts begründet. Weder die Natur des zwischen dem einlösenden Aussteller resp. ersten Indossanten und dem Acceptanten in Folge der Einlösung begründeten wechselrechtlichen Verhältnisses, noch auch die positiven Bestimmungen der Wechselordnung bieten einen genügenden Anhalt für die Annahme des Appellationsrichters dar. Der Aussteller des Wechsels haftet für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig (Art. 8 der Wechselordnung); löst er den nothleidenden Wechsel durch Befriedigung des Wechselgläubigers ein, so thut er dies nicht sowohl für den Bezogenen und Acceptanten, als vielmehr in der Erfüllung seiner eigenen wechselrechtlichen Verpflichtung; er befindet sich mithin schon nicht in derselben Lage, in welcher sich derjenige befindet, welcher die Schuld eines Andern zahlt, und welcher, wenn er die Erstattung des Gezahlten von dem Andern verlangt, civilrechtlich die Last des Beweises dieser Zahlung übernehmen, und den Beweis einbringen muß. Andererseits haftet der Bezogene auch dem Aussteller wechselmäßig aus dem Accepte (Art. 23 der Wechselordnung), der das Accept enthaltende Wechsel ist der alleinige Grund und Träger der durch die Annahme unbedingt übernommenen wechselmäßigen Verbindlichkeit; nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels ist der Bezogene zu zahlen verpflichtet (Art. 39 der Wechselordnung); er muß aber auch der Regel nach zur Verfallzeit demjenigen zahlen, welcher den Wechsel präsentirt, und zu dessen Aushändigung bereit und im Stande ist; es stellt sich mithin der Besitz des Wechsels als das entscheidende Moment sowohl bei der Lösung der Wechselverbindlichkeit durch den Bezogenen, als auch bei der diese Lösung herbeiführenden Wechselklage dar. Hat eine Begebung des Wechsels stattgefunden, so legitimirt den Wechselkläger eben dieser Besitz in Verbindung mit einer auf dem Wechsel befindlichen bis auf diesen Kläger herunter gehenden zusammenhängenden Reihe der Indossamente (Art. 36 der Wechselordnung). Im Falle der Einlösung des nothleidenden Wechsels durch den Aussteller oder einen Nachmann findet eine derartige Begebung der Regel nach nicht statt. Der Einlösende gelangt einfach gegen Befriedigung des Wechselgläubigers durch Aushändigung in den Besitz des Wechsels, da aber der Wechselgläubiger den Wechsel, als alleinigen Grund und Träger der Wechselverbindlichkeit, nur gegen Befriedigung aushändigt, so verbindet sich mit dem Besitz des Wechsels in der Hand des Einlösenden die Vermuthung der Befriedigung, die schon durch das allgemeine Landrecht im §. 97 I. 16 für

gezogene Wechsel als eine rechtliche characterisirt ist. Es ist mithin auch im Falle der Einlösung der Besitz des Wechsels das bezüglich der Legitimation des Einlösenden, gegenüber dem Acceptanten, entscheidende Moment; es ist aber auch in dieser Beziehung das allein entscheidende, und kann die Legitimation nicht noch außerdem von dem Nachweise der durch diese bestimmte Person bewirkten Befriedigung des Wechselgläubigers oder der Beschaffung einer Quittung etwa des Inhaltes, daß sie und kein Anderer gezahlt habe, abhängig gemacht werden. Schon die gebräuchliche Form, die Quittung blos mit den Worten: „pour acquit“ oder „erhalten“ auszudrücken, weist darauf hin, daß sich die Sache im lebendigen Verkehr durch langen Gebrauch eine weit verbreitete Bahn gebrochen hat, sie enthält nichts davon, wer die Zahlung geleistet hat, und doch ist bis dahin kein Anlaß genommen worden, sie zu bemängeln; gerade sie weist darauf hin, daß die Legitimation des Einlösenden dem Acceptanten gegenüber von der Beschaffung der Quittung oder dem Nachweise der Zahlung nicht abhängig ist. Da der Acceptant aus seinem Accepte unbedingt verhaftet ist; so kann auch die Frage, wer den Wechsel bezahlt hat, und wie und wodurch die Einlösung erfolgt ist, Einfluß auf dessen Verhaftung nicht äußern.

Zieht man den Zweck in Betracht, den die Beschaffung der Quittung oder des Nachweises der Befriedigung haben könnte, so würde derselbe nur darin bestehen können, den Einlösenden in den Stand zu setzen, darzulegen, daß er auf rechtmäßigem Wege in den Besitz gelangt sei; es leuchtet aber ein, daß daraus nur eine Befugniß, nicht aber eine Verpflichtung des Einlösenden folgt, und daß die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes schon in den Bereich der Exception fällt, mithin weder die Legitimation des Einlösenden noch die Substanziirung seines gegen den Acceptanten zu erhebenden Anspruchs davon abhängig gemacht werden kann. Es bleibt somit der Besitz des eingelösten Wechsels in dieser Beziehung das allein entscheidende Moment.

Wenn der Appellationsrichter seine entgegengesetzte Annahme auf den Art. 51 der Wechselordnung stützt, so ergibt diese Bestimmung keine Andeutung, daß zum Regresse außer dem Besitz des Wechsels und des Protestes noch die Beibringung einer Quittung wesentlich erforderlich sei; eine Retourrechnung wird nur dann von Wichtigkeit, wenn der Regredient mehr fordert, als aus dem Wechsel selbst hervorgeht, und als das Gesetz ohne weitern Nachweis zubilligt. Es weiset im Gegentheil der Art. 55 darauf hin, daß der Besitz des Wechsels nebst Protest das allein wichtige Moment ist; denn darnach kann der Indossant, der Einen seiner Nachmänner befriedigt hat, sein eigenes und seiner Nachmänner Indossament ausstreichen; ebenso ist in dem analogen Falle der Ehrenzahlung im Art. 63 der Wechselordnung schlechthin bestimmt, daß der Ehrenzahler durch die Aushändigung des Wechsels nebst Protest in die Rechte des Inhabers gegen den Honoraten, dessen Vormänner und den Acceptanten tritt. Hier wäre sicher der Ort gewesen, die Nothwendigkeit der Aushändigung einer Quittung über geleistete Ehrenzahlung auszusprechen, während das Gesetz darüber ganz schweigt. Der Art. 48 der Wechselordnung dagegen, nach welchem jeder Wechselschuldner das Recht hat, gegen Erstattung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten die Auslieferung des quittirten Wechsels und des wegen Nichtzahlung erhobenen Protestes von dem Inhaber zu fordern, hat einen der Intervention analogen Fall zur Voraussetzung, welcher hier nicht vorliegt, würde aber auch nicht entgegenstehen, da in ihm nur eine Befugniß, keine Verpflichtung ausgesprochen ist.

Hiernach trifft die Ausführung des Appellationsrichters der Vorwurf, das zur Substanziirung vorliegender Klage Erforderliche verkannt und dadurch zu einer nicht gerechtfertigten Regulirung der Beweislast gelangt zu sein. Dieser Vorwurf hat seine Grundlage lediglich in dem wechselrechtlichen Verhältnisse, in welches der im Besitze des Wechsels befindliche Kläger zu dem verklagten Acceptanten getreten ist.

Dieser letztere hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er den B. wirklich gezahlt haben sollte, sich aber den Wechsel nicht hat aushändigen, resp. die durch ihn geleistete Zahlung auf demselben nicht hat vormerken lassen. Der erhobene Angriff erscheint sonach zutreffend und begründet.

Nach diesem Allem unterliegt die Appellationsentscheidung der Vernichtung, insoweit, als der Kläger mit der Wechselklage auf Zahlung der 150 Thlr. nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

In der Hauptsache muß auf die Appellation des Klägers insoweit die erstrichterliche Entscheidung abgeändert werden. Der Verklagte hat sein Accept anerkannt, der Kläger aber ist nach vorstehender Erörterung zur Klage auf Rembours in Höhe der geforderten 150 Thlr. nebst Zinsen durch den Besitz des Wechsels allein legiti-

mirt. Der Nachweis, daß er und wie er den B. befriedigt habe, kann von ihm zu seiner Sachlegitimation und zur Substanzirung der Klage nicht gefordert werden. Des Besitzes des Protestes bedurfte es, dem Acceptanten gegenüber, nicht einmal. Indem ist das letzte auf dem Wechsel befindliche Indossament ein Blankoindossament und der Kläger um so mehr zur Klage legitimirt. Daß derselbe auf unrechtmäßigem Wege zum Besitze des Wechsels gelangt sei, ist von dem Verklagten nicht behauptet. Das im Vorprozesse ergangene Judicat hat keinen Einfluß auf die gegenwärtige Klage, es begründet keine Novation und ändert in dem ursprünglichen wechselrechtlichen Verhältnisse Nichts.

Der Einwand des Verklagten, daß er, und nicht der Kläger den B. befriedigt habe, ist an sich unbegründet, da er sich den Wechsel nicht hat aushändigen, beziehungsweise diese Zahlung auf dem Wechsel nicht hat vermerken lassen, aber auch unerwiesen, da die von ihm producirte Quittung Nichts darüber enthält, daß er die Zahlung geleistet hat. Es ist überdies von ihm selbst zugegeben worden, daß ihm der Kläger 150 Thlr. zur Befriedigung des B. gezahlt habe.

3.

a) Durch die Zulassung eines die Zahlungszeit des Wechsels modifizirenden Accepts wird das Verhältniß der Wechsel-Interessenten mit Ausschluß des Bezogenen nicht verändert.

b) Der Acceptant ist dagegen lediglich nach dem Inhalt seines Accepts dem Wechsel-Inhaber verhaftet.

Der Kaufmann G. P. zu C. zog auf B. zu P. unterm 11. Juni 1853 einen bei W. P. zu F. domicilirten drei Monate a dato — also am 11. September 1853 — an eigene Ordre zahlbaren Wechsel über 173 Thlr. 1 Sgr. 6 Pf., welcher von dem Bezogenen B. „pro 11. Oktober 1853“ acceptirt, von dem Aussteller G. P. an den Kaufmann G. und von diesem weiter begeben, jedoch weder am 11. September, noch am 11. Oktober 1853 bezahlt wurde. Erst unter dem 14. Oktober 1853 wurde auf Antrag der Bankcommandite zu F., in deren Besitz sich der Wechsel befand, gegen den Domiciliaten der Protest Mangels Zahlung erhoben, und bei dieser Gelegenheit der Wechsel von der Nothadresse zu Ehren und für Rechnung des G. eingelöst. Der letztere nahm hierauf im Regreßwege den G. P. als Aussteller und Indossanten auf Zahlung des Wechselbetrags nebst Zinsen, Provision und Protestkosten in wechselmäßigen Anspruch. Der erste Richter wies denselben auf Grund des für durchgreifend erachteten Einwands des Beklagten, daß, weil nicht am 11. September, sondern erst am 11 Okt. 1853 der Protest erhoben worden, der Wechselregreß verloren sei, zurück, während der Appellationsrichter den Verklagten nach dem Klagantrage wechselmäßig verurtheilte. Diese Entscheidung beruht auf der Ausführung, daß der Acceptant durch sein Accept mit dem Zusatze „pro 11. Oktober“ nach Art. 22 der Wechselordnung dergestalt verpflichtet worden sei, daß er habe angehalten werden dürfen, am 11. Oktober Zahlung zu leisten, und daß Mangels Zahlung an diesem Tage nach Art. 41 Protest gegen ihn zu erheben gewesen sei.

Auf die von dem Verklagten erhobene und die Verletzung der Art. 22. 41. 43 der allgemeinen Wechselordnung rügende Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal unterm 22. Dezember 1853 das Appellationserkenntniß vernichtet, und das erste Erkenntniß aus folgenden Gründen wiederhergestellt:

„Nach dem unangefochtenen Thatbestande des Appellationsrichters liegt ein, eine im Contexte des Wechsels bestimmte Zahlungszeit modificirendes Accept, ein s. g. qualificirtes Accept, vor. Die Regel ist, daß der Bezogene den Wechsel rein seinem Inhalte gemäß acceptiren und bei Verfall zahlen soll. Von dieser Regel bilden die s. g. qualificirten Accepte eine Ausnahme; die Modification kann in der Annahme auf eine geringere Summe, auf einen andern Zahlungsort, auf eine andere Zahlungszeit, oder unter Bedingungen bestehen. Ueber die Natur und die Wirkungen derartiger modificirter Accepte bestanden in der Theorie und der ältern Wechselgesetzgebung weit von einander abweichende Ansichten und Auffassungen.

Der Entwurf einer Wechselordnung für die Preußischen Staaten aus dem Jahr 1847 versuchte eine Vermittlung der bestehenden verschiedenen Auffassungen, indem er in §. 24 bestimmte:

„Ist ein Wechsel auf eine geringere Summe oder unter anderen im Accepte ausgedrückten Einschränkungen angenommen worden, so wird der Wechsel einem solchen gleich geachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist. Der Acceptant aber haftet nach dem Inhalte seines Accepts.“

Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung ist in den Mo-

tiven zu dem §. 24 ausgeführt, daß ihr das, allein die richtige Mitte haltende Princip unterliege, daß der Acceptant jedem Inhaber des Wechsels nach Inhalt des Accepts hafte, daß aber das Verhältniß der übrigen Interessenten unter einander in keiner Weise alterirt werde. Es sei zwar das Bedenken geäußert, daß daraus unauflösliche Verwicklungen entstehen würden, namentlich, wenn das Accept auf einen spätern Zahlungstag gestellt wird. Die Schwierigkeiten würden aber verschwinden, wenn nur festgehalten werde, daß die Modifikationen des Accepts den Eigenthümer des Wechsels nur in Bezug auf den Acceptanten selbst, nicht in Bezug auf die Regreßpflichtigen beschränkten, und daß der Acceptant ohne alle Rücksicht darauf, ob sich der Inhaber die Modification gefallen lassen wolle, und wie es die übrigen Interessen unter einander hielten, dem jedesmaligen Inhaber unbedingt nach Maaßgabe des Accepts hafte. Habe der Acceptant sich verpflichtet, einen am 1. September fällig werdenden Wechsel am 1. Dezember zu zahlen, so hindere dies den Inhaber nicht, unbeschadet der Verbindlichkeit des Acceptanten, Sicherstellung wegen rechtzeitiger Zahlung zu fordern, am 1. September den Acceptanten zu fragen, ob er nunmehr etwa nach Inhalt des Wechsels zahlen wolle, und im Weigerungsfalle Regreß auf Zahlung zu nehmen. Wolle er das nicht, so könne er immer noch am 1. Dezember den Acceptanten in Anspruch nehmen und stehe ein gleiches Recht dem zahlenden Regreßpflichtigen zu. Es ergebe sich zugleich hieraus, daß die Zulassung eines modificirten Accepts dem Inhaber und den übrigen Interessenten niemals Rechte nehme, sondern immer ein Recht erwerbe, welches sie nicht erhalten haben würden, wenn das beschränkte Accept abgelehnt und die Annahme gänzlich verweigert wäre.

Die in diesen Motiven niedergelegte Auffassung des qualificirten Accepts fand auf der zu Leipzig behufs Berathung einer deutschen Wechselordnung zusammengetretenen Conferenz nach dem Protokolle vom 3. Nov. 1847 nur bezüglich des Accepts auf eine geringere Summe keine überwiegende Zustimmung, bezüglich der sonstigen Modificationen des Accepts dagegen volle Anerkennung, und so ging aus der Berathung der Art. 22 der später zum Gesetz erhobenen Wechselordnung in folgender Fassung hervor:

> Der Bezogene kann die Annahme auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken. Werden dem Accepte andere Einschränkungen beigefügt, so wird der Wechsel einem solchen gleich geachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist. Der Acceptant haftet aber nach dem Inhalte seines Accepts wechselmäßig.

Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 22 kann sein Verständniß nicht zweifelhaft sein; die in den Motiven zu §. 24 des der Wechselordnung unterliegenden Preußischen Entwurfs zur Geltung gebrachte Auffassung ist maaßgebend gewesen, und hat in der Fassung des Art. 22 ihren klaren und präcisen Ausdruck gefunden. Bei dem, namentlich die Zahlungszeit modificirenden Accept ist das Verhältniß des Acceptanten zu dem Wechselinhaber, gleichviel ob er Aussteller oder Indossatar ist, von dem Verhältnisse des Inhabers des nothleidenden Wechsels zu dem regreßpflichtigen Vormanne zu trennen. Beide sind in sich verschieden, erzeugen verschiedene Wirkungen und unterliegen einer andern rechtlichen Beurtheilung.

Der Acceptant haftet nach dem Inhalte seines Acceptes; wird er von dem Wechselinhaber in wechselmäßigen Anspruch genommen, so kann von ihm die Zahlung zu keiner andern Zeit verlangt werden, als welcher er sich selbst unterworfen, und als welche er selbst bei seinem Accepte bestimmt hat; für ihn ist der wechselmäßige Verpflichtungsgrund eben nur sein Accept. Der Wechselinhaber ist nicht befugt, ihn zu nöthigen, rein nach dem Inhalte des Wechsels zu acceptiren; soweit daher der Bezogene bei seinem Accepte die im Wechsel bestimmte Zahlungszeit modificirt, kommt für den gegen den Acceptanten von dem Inhaber des Wechsels erhobene Anspruch nicht die im Wechsel bestimmte, sondern die bei dem Accepte modificirte Zahlungszeit in rechtlichen Betracht.

Anders in dem Verhältnisse des Wechselinhabers zu seinen regreßpflichtigen Vormännern. Für dieses Verhältniß ist nur die im Wechsel selbst festgesetzte Zahlungszeit entscheidend, weil der Wechsel bei einem diese Zahlungszeit modificirenden Accepte nach der gesetzlichen Bestimmung einem solchen gleich geachtet wird, dessen Annahme gänzlich verweigert ist. Mit der Weiterbegebung des Wechsels übernimmt der girirende Aussteller, wie jeder Indossant die Garantie für die Annahme und Zahlung nach Inhalt des Wechsels; jede Weiterbegebung stellt ein neues Wechselgeschäft auf der unveränderten Grundlage dieses Wechsels dar.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 5. Mannheim, 27. Januar 1855.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht.)

(Schluß.)

Die Wirksamkeit der zwischen dem Indossanten und dem Indossatar bestehenden Garantie ist durch die pünktliche Erfüllung der dem Wechselinhaber obliegenden Verpflichtung, den Wechsel, seinem Inhalte entsprechend, dem Bezogenen zur Zahlung vorzulegen und bei Nichtzahlung protestiren zu lassen, bedingt. Von der Beobachtung dieser Solennität ist das Regreßrecht des Inhabers gegen seine Vormänner abhängig gemacht; Art. 41 und 43 der Wechselordnung.

Er muß deßhalb, will er anders nicht sich den Verlust des Regreßrechts zuziehen, den Wechsel auch zu der darin bestimmten Verfallzeit dem Bezogenen zur Zahlung vorlegen und bei Nichtzahlung zu dieser Zeit protestiren lassen. Von dieser Verpflichtung kann er dadurch nicht entbunden werden, daß der Bezogene in seinem Accepte im Voraus erklärt hat, daß er zu einer andern Zeit zahlen werde. Durch die Zulassung eines solchen Accepts wird, wie die Motive des Preußischen Entwurfs in dieser Beziehung treffend bemerken, das Verhältniß der Wechselinteressenten untereinander, sonach mit Ausschluß des Bezogenen, in keiner Weise alterirt, und dem Wechselinhaber nur in Bezug auf den Acceptanten, aber auch nur in Bezug auf diesen, ein Recht erworben, welches er nicht erhalten haben würde, wenn das beschränkte oder modificirte Accept abgelehnt und die Annahme gänzlich verweigert wäre. Wenn dagegen sowohl in der angefochtenen Entscheidung, als auch bei der mündlichen Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht wird, daß der Aussteller selbst die Vorlegung des Wechsels an den Bezogenen zum Accept besorgt und sich, ohne einen Widerspruch zu äußern, mit dem modificirten Accepte begnügt habe, folglich mit der Veränderung der Zahlungszeit einverstanden gewesen sei, und daß der Aussteller durch sein Indossament, als Cession in Wechselform, auch nur dieselbe Befugniß, unabhängig von der im Wechsel selbst angegebenen Verfallzeit, die Zeit der Fälligkeit lediglich nach dem Accepte zu beurtheilen, an den Indossatar, den jetzigen Kläger, übertragen habe: so stellt sich dies in zweifacher Beziehung als unhaltbar dar.

Zunächst ist es eine durch Nichts gerechtfertigte Annahme, daß der Wechsel erst nach, und nicht bereits vor dem Accepte indossirt worden rc. rc. Der Wechsel ist überdies in unverändertem Contexte mit der auf den 11. September fallenden Zahlungszeit weiter begeben und in Umlauf gesetzt worden; von einem Einverständnisse des Ausstellers findet sich darin Nichts ausgedrückt. Sodann aber beruht es auf einer Verkennung der Natur und des rechtlichen Charakters des Indossaments, wenn auf dasselbe nicht passende, civilrechtliche Grundsätze der Cession angewendet werden.

Jedes Indossament stellt ein neues selbstständiges Wechselgeschäft dar. Der Indossatar tritt durch dasselbe nicht lediglich in das Rechtsverhältniß des Indossanten, sondern in ein unmittelbares Verhältniß zu dem Wechselverpflichteten ein; die Rechte aus dem Wechsel gehen mithin nicht so, wie sie durch persönliche, besondere und außerhalb des Wechsels liegende Rechtsverhältnisse des Indossanten modificirt waren, sondern als selbstständige mit den besondern Verhältnissen des Indossanten unabhängige, lediglich durch den Wechsel bestimmte und unmittelbar gegen die Wechselverpflichteten gerichtete Rechte auf den Indossatar über. Hiernach erscheint es auch unerfindlich, wie sich der Aussteller durch Berufung auf die

im Wechsel bestimmte Zahlungszeit und auf die Folgen der zu dieser Zeit versäumten Protesterhebung der Verletzung der Treue schuldig gemacht haben soll.

Die Art. 22. 41 und 43 der Wechselordnung stellen sich nach dieser Erörterung als verletzt dar, und die Appellationsentscheidung unterliegt der Vernichtung.

Für die Hauptsache ergibt sich nach vorstehender Ausführung die Bestätigung des ersten Urtheils von selbst. Der vorliegende Wechsel mußte behufs Erhaltung des Regreßrechts dem Bezogenen am 11. September zur Zahlung vorgelegt und bei Nichtzahlung protestirt werden. Dies ist nicht geschehen, vielmehr ist der Protest erst am 11. Oktober erhoben worden. Der Wechselregreß muß sonach für verloren erachtet werden.

Dr. Ladenburg.

II.

1) Findet eine Preßanklage noch Statt, wenn der Staatsanwalt gegen eine im Auslande erschienene sträfliche Druckschrift die Anordnung der Vernichtung nach §. 18 des Preß-Gesetzes erwirkt hatte?

2) Findet eine Preßanklage auch dann noch Statt, wenn die 10- beziehungsweise 3tägige Frist des §. 32 des Preß-Gesetzes verstrichen ist?

§. 18, 25, 28. 32. 33. 41 des Preß Gesetzes.
§. 332 der Strafprozeß-Ordnung.

Die historisch-politischen Blätter von Philipps und Görres, herausgegeben von J. E. Jörg in München mußten wegen einer Reihe von gegen den §. 631 des Strafgesetzbuches verstoßenden Artikeln, beinahe so oft ein neues Heft erschien, mit Beschlag belegt werden. Dieß war auch bei dem 1. und 6. Hefte des Jahrganges 1854 der Fall. Der Staatsanwalt beantragte die gerichtliche Bestätigung des polizeilich angelegten Beschlags, und die Vernichtung des gedachten Heftes der im Auslande erscheinenden Zeitschrift, und holte sodann bei dem großh. Justizministerium die Ermächtigung zur Erhebung einer Anklage gegen den auswärtigen Redakteur ein, welche ertheilt wurde. Die Anklage wegen des ersten Heftes wurde verzögert, um das Ergebniß der Anklage gegen eine andere Schrift, worin auf die gleiche Weise dieselben Thatsachen entstellt waren, abzuwarten. Nachdem das Erkenntniß ergangen, wurde gleichzeitig wegen dieses ersten und wegen des sechsten Heftes sofort nach seinem Erscheinen die Anklage erhoben. Auf diese Anklage wurde vom mittelrheinischen Hofgerichte die Ladung versagt, hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Antrag auf Vernichtung einer sträflichen Druckschrift, ohne Anklage gegen die dafür haftbare Person die spätere Erhebung einer Anklage gegen die strafbare Person ausschließe, indem dem Staatsanwalt nur die Wahl zu dem einen, oder anderen Rechte gegeben sei, und er durch die Wahl des einen Rechtes auf das andere verzichte; sodann heißt es in den Entscheidungsgründen weiter: „Darnach kommt es auf die Frage nicht mehr an, ob die Anklage auch deßhalb unzuständig sei, weil am 14. dieses Monats, an welchem die Anklage dahier einkam, nach dem eigenen Vortrage des großh. Staatsanwaltes die zehn Tage innerhalb welcher von der polizeilichen Beschlagnahme an *) nach §. 32 Abs. 2 des Preß-Gesetzes die Anklage einzureichen ist, schon abgelaufen waren, ob nämlich im eigentlichen Anklageprozeß, wo (wie in Preßsachen) das strafgerichtliche Verfahren nur auf Anklage eintritt, die Versäumung der in Frage stehenden Frist in Gemäßheit des §. 332 Ziff 3 und 4 der St.P.O. den Verlust der Anklage selbst zur Folge hat. Der Staatsanwalt hat hiegegen rekurrirt, jedoch ohne Erfolg. Wie aus folgenden Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Erkenntnisse hervorgeht, hat der höchste Gerichtshof die Ansicht des mittelrheinischen Hofgerichtes über den vorzugsweise zur abweislichen Verbescheidung führenden Grund getheilt.

Entscheidungsgründe.

Die Unterdrückung oder Vernichtung einer Druckschrift soll nach §. 18 des Preß Gesetzes vom 15. Februar 1851

---

*) Gerade um die polizeiliche Beschlagnahme durch diese kurze Frist, deren Unzweckmäßigkeit schon früher (siehe Annalen des vorigen Jahres Nr. 9 S. 69 Note) beleuchtet wurde, nicht vereitelt zu sehen, wurde der eingeschlagene Weg gewählt. Die Anklageschrift, welche sich über eine große Reihe von strafbaren Stellen erstreckte, betrug allein 8 Bogen. Es ist leicht zu ermessen, daß von dem Tage der polizeilichen Beschlagnahme an, durch die Einsendung dieses Beschlusses an den Staatsanwalt, die Entwerfung und Abschrift des Berichtes an großh. Justizministerium, dessen Entschließung und Rücksendung des Erlasses an den Staatsanwalt, die Fertigung, Abschrift und Einreichung einer umfassenden Anklageschrift mehr als 10 Tage in Anspruch nehmen. D. G.

regelmäßig nur in Folge und als Bestandtheil eines verurtheilenden Erkenntnisses ausgesprochen werden.

Von diesem Grundsatz macht der Abs. 1 a b des §. 18 zwei Ausnahmen, nemlich:

a) wenn eine für den Inhalt einer Druckschrift haftbare Person nicht bekannt und

b) wenn eine solche zwar bekannt, aber nicht im Bereich der richterlichen Gewalt des Staates ist.

Obgleich diese zwei Ausnahmen in einem und demselben Satze zusammengestellt und sich darin gleich sind, daß in beiden Fällen der Antrag auf Vernichtung auch ohne förmliche Anklage gestellt werden kann, so besteht doch im Uebrigen eine wesentliche Verschiedenheit zwischen denselben.

In dem ersten Falle, wenn keine für den Inhalt einer Druckschrift haftbare Person bekannt ist, ist ebendeßhalb die Erhebung einer Anklage auf dem Wege eines regelmäßigen Preßprozesses unmöglich. Die Staatsbehörde hat keine Wahl zwischen diesem und zwischen dem ihr durch §. 18 ausnahmsweise eröffneten Wege, und es kann mithin darin, daß sie den Weg des §. 18 einschlägt, auch kein Verzicht auf den andern Weg gefunden werden. Dieser — der Weg der ordentlichen Anklage — bleibt ihr vielmehr auf den Fall vorbehalten, daß späterhin, sofern dann die Anklage überhaupt noch statthaft ist, eine für den Inhalt einer Druckschrift haftbare Person sich findet.

Anders verhält es sich in dem zweiten Falle, wenn eine für den Inhalt einer Druckschrift haftbare Person zwar bekannt, aber nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates ist. In diesem Falle kann allerdings schon jetzt — nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 25 des Preß-Gesetzes förmliche Anklage erhoben und mit dieser der Antrag auf Vernichtung der verfolgten Druckschrift verbunden, oder aber, nach der Ausnahmsbestimmung des §. 18 — mit Umgehung der förmlichen Anklage blos der Antrag auf Vernichtung gestellt werden. In diesem Falle steht mithin der Anklagebehörde ein Wahlrecht zu.

Welche Folgen dieser Unterschied nach sich ziehe, welche Folge insbesondere durch die Wahl des im §. 18 bezeichneten Weges für die Möglichkeit von dem gewöhnlichen Verfahren Gebrauch zu machen, eintrete, dieß ist von dem Preß-Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, und die Gerichte sind deßhalb bei Beantwortung dieser Frage auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen.

Nach diesen aber geht da, wo einer Partei zwischen der Ergreifung zweier Rechtsmittel ein Wahlrecht zusteht — elective Concurrenz — durch den Gebrauch des einen Rechtsmittels das andere verloren.

Es leuchtet auch von selbst ein, daß in dem hier vorliegenden Falle die beiden Wege nicht gleichzeitig bei verschiedenen Gerichten eingeschlagen werden können, daß vielmehr im Falle einer förmlichen Anklage der Vernichtungsantrag nur eine Nebenfolge derselben sein kann.

Wo aber zwei für den gleichen Fall gegebene nach Umfang verschiedene Rechtsmittel nicht gleichzeitig und unabhängig von einander gebraucht werden dürfen, ist auch deren successiver Gebrauch unzulässig, und es kann das weiter gehende Recht nicht mehr verfolgt werden, nachdem man von dem geringeren Gebrauch gemacht hat, wie man auch in dem Falle, wenn zwar eine förmliche Anklage erhoben, das Gesuch aber auf Vernichtung der Schrift beschränkt worden wäre, eine zweite Anklage auf Bestrafung nicht mehr gestatten würde.

Da nun in gegenwärtigem Falle die großh. Staatsbehörde beim großh. Stadtamte Karlsruhe auf die Vernichtung des 1. und 6. Heftes des 34. Bandes der incriminirten Zeitschrift angetragen hat, diesem Antrage auch durch die Erkenntnisse des genannten Gerichtes vom 17. Juli und 3. Oktober d. J. Statt gegeben wurde, mithin von dem außerordentlichen Rechtsmittel des §. 18 des Preß-Gesetzes Gebrauch gemacht worden ist, so ist das Recht der Anklagebehörde auf Betretung des regelmäßigen Weges des §. 25 des Preß-Gesetzes erloschen.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Anmerkung.

Es scheint mir sehr zweifelhaft, ob diese Entscheidungen in dem Wortlaute und dem Geiste unseres Preß-Gesetzes begründet sind. Es wird mir daher wohl erlaubt sein, meine Bedenken gegen den Ausspruch auch des höchsten Gerichtshofes hier niederzulegen.

Vor Allem scheint es mir bedenklich in ein Specialgesetz — und als ein solches muß doch wohl das Preß-Gesetz betrachtet werden — die Androhung rechtlicher Nachtheile gegen Vornahme oder Unterlassung prozessualischer Handlungen hineinzutragen, welche das Gesetz selbst „nicht ausdrücklich bestimmt,“ wie dieses Letztere der höchste Gerichtshof selbst anerkennt. Die Lehre von der electiven Concurrenz, wornach einer Partei, welcher das Wahlrecht zwischen der Ergreifung zweier Rechtsmittel zusteht, durch den Gebrauch des einen Rechtsmittels — dieses Wort

hier in seiner weitesten Bedeutung genommen — das andere verloren geht, kann doch wohl nur da aus dem allgemeinen Rechte auf ein specielles Gesetz, weil dieses Gesetz angeblich eine Lücke habe, angewendet werden, wenn die beiden Rechtsmittel nicht nur verschieden sind, sondern sich auch widersprechen, sich durch ihre innere Natur ausschließen; denn dieses ist ja der Hauptgedanke welcher der Lehre von der elektiven Concurrenz zu Grunde liegt, und — wenn das specielle Gesetz wirklich eine solche Lücke bietet.

Beides scheint mir bei dem Preß Gesetze nicht der Fall zu sein.

Die Vernichtung einer sträflichen Druckschrift, und die Erhebung einer Anklage zum Zweck der Bestrafung eines Angeklagten beruhen zwar auf demselben Grunde der Sträflichkeit einer Druckschrift. Allein sie sind gleichwohl ihrer Natur wie ihrem Zwecke nach verschieden, aber gerade wegen dieser Verschiedenheit schließen sie sich nicht aus, sondern können neben einander bestehen.

Die Vernichtung einer Druckschrift ist nach dem §. 18 des Pr.Ges. nicht nothwendig an ein Erkenntniß geknüpft. Das Gesetz nennt diesen Beschluß eine „Anordnung," eine „Verfügung." Sie präjudicirt daher einem zukünftigen Erkenntnisse nicht.

Ja noch mehr! Das Gesetz verlangt nirgends, daß auch nur eine gerichtliche Bestätigung des polizeilich angelegten Beschlags der Anordnung der Vernichtung zu Grunde gelegt werde. Diese Anordnung kann ohne daß ein Erkenntniß über die Beschlagnahme, oder ein ausdrückliches Erkenntniß über die Sträflichkeit der Druckschrift erfolgt, ergehen, sobald nur der Untersuchungsrichter die Schrift für sträflich erkannt hat. Der Zweck dieser Anordnung ist auch nicht eine Strafe für den Verfasser, oder für eine andere nach §. 19 haftbare Person, sondern Sicherung des Staats gegen die schädlichen Folgen einer solchen Druckschrift. Diese Anordnung ist daher ihrer prozessualischen Form nach kein Erkenntniß, sondern eine Verfügung, ihrem Zwecke nach kein Strafurtheil, sondern eine polizeiliche Maßregel. Der Umstand, daß das Gericht sie zu erlassen hat, ändert hier nichts, denn nach §. 15 des Preß-Gesetzes sind die polizeilichen Funktionen in Preßsachen zum größten Theile den Amtsgerichten zugewiesen.

Mag auch, was nicht bestritten werden soll, die Strafgesetzgebung die Abwendung der Wiederholung eines Verbrechens, und damit die Sicherheit des Staats gegen den der bürgerlichen Gesellschaft durch die Verbrechen drohenden Schaden unter ihre Strafzwecke aufgenommen haben, so ist doch die Abwendung eines solchen allgemeinen Schadens, welcher durch die Erhebung einer Anklage auf Bestrafung der haftbaren Person bezweckt wird, offenbar ein ganz anderer Zweck, als die Sicherung gegen eine unmittelbar durch das Fortwirken eines bereits begangenen Verbrechens drohenden Schaden, welcher durch den Antrag auf Vernichtung einer sträflichen Druckschrift bezweckt wird. Der Hauptgrund der Bestrafung ist immer die subjektive, in der Uebertretung des Strafgesetzes liegende Verschuldung; ihr erster und Hauptzweck immer Erfüllung des Willens des Strafgesetzes, mag man nun als weitere Zwecke, Besserung des Verbrechers, Warnung, Abschreckung, Aufhebung des allgemeinen Schadens, oder welch' andere Zwecke mit der Strafe verbinden. — Vergleichen wir diesen Fall des §. 18 des Preß-Gesetzes mit der Gesetzgebung über die Münzfälschung.

Nach §. 530 des St.G.B. „werden in allen Fällen die falschen oder verfälschten Münzen, das falsche oder verfälschte Papiergeld, sowie die zur Fertigung der falschen Münzen, oder des falschen Papiergeldes gebrauchten, oder dazu bestimmten Formen, Platten, oder Stempel von der Confiscation getroffen." Diese Bestimmung ist ohne allen Zweifel lediglich polizeilicher Natur, obgleich sie sich in dem Strafgesetzbuche findet. Ihr Zweck ist das Fortwirken eines bereits begangenen Verbrechens zu verhindern ohne Rücksicht auf den Urheber des Verbrechens; ja diese Bestimmung geht noch weiter, sie will nicht nur jene Materialien, welche der bereits geschehenen Verübung eines Verbrechens gedient haben, beseitigt wissen, sondern sogar jene, welche nur zu einem künftigen Verbrechen bestimmt sind, vernichtet wissen, daher sogar ehe nur ein Versuch des Verbrechens verübt ist. Wird man diese Confiscation nicht gestatten, wenn auch der Staatsanwalt sich nicht veranlaßt sieht gegen den flüchtigen Urheber nach §. 135 E.G. das Abwesenheitsverfahren einzuleiten? oder wird man aus der ohne Erhebung einer Anklage gegen den Münzfälscher beantragten Confiskation einen Verzicht auf eine spätere Anklage ableiten? Gewiß nicht! Denn hier zeigt es sich zu klar, daß die Confiskation der im öffentlichen Interesse als schädlich erkannten Gegenstände mit der Verschuldung irgend einer Person in gar keinem Zusammenhange steht; daß diese Confiskation

und die Bestrafung des sträflichen Urhebers solcher Gegenstände verschiedenen Zwecken dienen, auf verschiedenen Wegen bewirkt werden; die erste im gerichtspolizeilichen Wege zum Zwecke der öffentlichen Sicherheit, die letzte auf strafprozessualischem Wege, zum Zwecke der Reallisirung der im St.G.B. angedrohten Strafe und gleichwohl wird als Nebenfolge der Verurtheilung eines Münzfälschers ebenfalls die Confiskation seiner Werkzeuge auszusprechen sein. Warum sollte dieses bei Preßvergehen anderst sein? Der §. 41 des Pr.Ges. sagt, daß vorbehaltlich der Bestimmung des §. 39 Abs. 1 das Straf v e r f a h r e n n u r auf die bei dem zuständigen Untersuchungsrichter eingereichte Anklage beginne, und §. 18 bestimmt, daß auch o h n e eine solche Anklage die Vernichtung einer sträflichen Druckschrift angeordnet werden könne, obschon Personen bekannt sind, gegen welche nach §. 25 eine Anklage erhoben werden kann.

Hieraus scheint mir mit aller Bestimmtheit zu folgen, daß die Anordnung der Vernichtung einer Druckschrift eben nicht zu dem Strafverfahren *) gehöre. Ist aber dieses richtig, dann kann man auch von einer elektiven Concurrenz nicht mehr sprechen, und zwar um soviel weniger als in dem ganzen dritten, „von dem P r o z e ß verfahren bei Preßvergehen" handelnden Titel eines selbstständigen Antrages auf Anordnung der Vernichtung einer Druckschrift nicht gedacht wird; wohl aber des Antrags auf Beschlagnahme, und der Erhebung einer Anklage. Der Antrag auf Vernichtung wird daher wohl nicht als ein mit der Erhebung einer Anklage c o n c u r r i r e n d e s Rechtsmittel aufgegriffen werden können. Ich glaube, daß dieses nur unter einer Voraussetzung angenommen werden könnte, nemlich unter der, daß die Vernichtungsverfügung dem auf die spätere Anklage folgenden Erkenntnisse p r ä j u d i c i r e n könnte. Ich habe dieses oben bestritten. Meine Gründe hiefür sind:

1) weil die Vernichtungsverfügung kein ausdrückliches E r k e n n t n i ß über die Sträflichkeit der Druckschrift voraussetzt;

2) weil dieselbe von dem Amts- (dem untersuchenden) Gerichte ausgeht, und dasselbe bei Preßvergehen den Richter, welcher das Erkenntniß auf die Anklage gibt, das Hofgericht nicht bindet. Dieses Letztere zeigt sich klar aus dem Prozeßgange bei der Anlegung des gerichtlichen, beziehungsweise der gerichtlichen Bestätigung des polizeilichen Beschlags. Diesen Beschlag hat selbst dann das Amtsgericht anzulegen, wenn die Anklage nach §. 47 des Pr.Ges. bei dem urtheilenden Gerichtshofe erhoben wird. *) Daß hier der Amtsrichter und das Hofgericht verschiedener Ansicht sein können, ist nicht zu bestreiten. Allein zuletzt ist immer die Ansicht des Hofgerichts entscheidend, denn ihm steht allein das Urtheil über die haftbare Person zu, und dieses b e r u h t darauf, daß die Druckschrift sträflischen Inhaltes sei.

Wird nun, nachdem die Anordnung auf Vernichtung einer Druckschrift getroffen ist, eine Anklage gegen eine für dieselbe Druckschrift haftbare Person erhoben, und der Staatsanwalt erringt ein Strafurtheil, so ist schon dadurch die Anordnung des Amtsgerichts, was die Beurtheilung der Sträflichkeit anbelangt, gerechtfertigt. Erkennt aber das Hofgericht, daß die Schrift n i c h t s t r ä f l i c h, und deßhalb der Angeklagte freizusprechen sei, so muß dieses Erkenntniß der Staatsanwalt auch was die Sträflichkeit der Druckschrift als Grundlage der Vernichtungsverfügung anbelangt, gegen sich gelten lassen und der Eigenthümer der vernichteten Druckschrift wird Ersatz des Schadens und der Kosten aus der Staatskasse verlangen können ex anal. §. 13 Abs. 1 Pr.Ges. Einmal deßhalb, weil, wie bereits oben erwähnt, diese Anordnung kein a u s d r ü c k l i c h e s Erkenntniß, sondern nur eine polizeil. Maaßregel ist, sich also nicht zwei widersprechende Verfügungen gegenüber stehen, sodann weil selbst das a u s g e s p r o c h e n e Erkenntniß des Untersuchungsgerichts über die Sträflichkeit einer Druckschrift nur als eine provisorische Maaßregel betrachtet werden muß, welche nur solange besteht, als der zum Urtheil über die Hauptsache berufene Richter sein Erkenntniß noch nicht gegeben hat. **)

*) Obschon der §. 18 unter dem Titel von den S t r a f e n der durch die Presse begangenen Verbrechen und Vergehen steht, wird man die Vernichtung nicht als einen Theil der Strafe ansehen können. Denn von den Strafen handeln nur die zwei ersten Paragraphen dieses gegen 12 §§. zählenden Titels, die §§. 16 und 17.
D. E.

*) Ich glaube dieses in meiner „Erörterung einiger Fragen aus dem Preßgesetze vom 15. Februar 1851" No. 9 der Annalen vorigen Jahres in der Betrachtung über den §. 47 d. Pr.Ges. nachgewiesen zu haben.
D. E.

**) Man wird hier nicht einwenden können, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung den Widerspruch sich entgegen stehender Urtheile aufheben müsse. Denn nach §. 38 Abs. 4 hindert selbst die Aufhebung des Beschlags, d. h. das Erkenntniß, daß die Schrift nicht strafbaren Inhalts sey, nicht die Verfolgung des Schuldigen.

9 Das großh. Hofgericht sah in der Wahl des Antrags auf Vernichtung, als des geringeren ihm zustehenden Rechtes einen Verzicht auf das wichtigere Recht zur Erhebung einer Anklage, und der höchste Gerichtshof scheint mit den Worten: „— es kann das weiter gehende Recht nicht mehr verfolgt werden, nachdem man von dem geringeren Gebrauch gemacht hat, wie man auch in dem Falle, wenn zwar eine förmliche Anklage erhoben, das Gesuch aber auf Vernichtung der Schrift beschränkt worden wäre, eine zweite Anklage auf Bestrafung nicht mehr gestatteten würde", in seinen Entscheidungsgründen ganz das Nämliche sagen zu wollen.

Wenn nach bereits erhobener Anklage der Antrag auf Bestrafung gegen eine bestimmte Person *) zurückgezogen wird, alsdann liegt ein bestimmt ausgesprochener Verzicht vor, und ein solcher kann allerdings nicht willkührlich durch Erhebung einer zweiten Anklage zurückgenommen werden. Wenn aber ein solcher Verzicht von dem Staatsanwalte nicht ausgesprochen wurde, dann wird man gegen den Willen des Anklägers ihm daraus allein, daß er auf zwei Wegen successive verfolgt, was er auf einem und demselben hätte erreichen können, einen Verzicht nach dem Geiste unseres Pr.Ges. gewiß nicht unterschieben können. Dieses scheint mir schon mit Bestimmtheit aus den analogen Fällen des §. 32 Abs. 3 und §. 33 Abs. 2 gefolgert werden zu müssen. Hat der Staatsanwalt hier nicht rechtzeitig die Anklage erhoben, beziehungsweise den Antrag auf gerichtliche Bestätigung erwirkt, so erlöscht nur der Beschlag, nicht aber das Recht zur Erhebung der Anklage, während doch hier mit Wissen und Willen des Staatsanwalts das begangene Verbrechen durch die im Umlaufe befindliche sträfliche Druckschrift fortwirkt, und man hieraus doch eher seinen Verzicht auf Verfolgung des begangenen Verbrechens folgern könnte. Aber noch mehr! Nach dem Abs. 4 des §. 33 soll nicht nur das Erlöschen des Beschlags, sondern sogar dessen Aufhebung, also die ausdrückliche Erklärung des Amtsrichters, daß eine Schrift nicht sträflichen Inhalts sei, und der Verzicht des Anklägers auf den Beschlag, also dessen stillschweigende Erklärung, daß er keine Veranlassung habe, der Fortwirkung des durch die sträfliche Druckschrift begangenen Verbrechens entgegen zutreten, — sollen alle diese Umstände „die Verfolgung des Schuldigen nicht hindern." Wenn das Gesetz so sparsam ist mit der Annahme des Verzichtes auf Erhebung einer Anklage, so sollte, scheint es mir, der Richter einen solchen Verzicht da nicht unterstellen dürfen, wo der Ankläger seinen ganzen Ernst der Verfolgung eines Preßvergehens gezeigt hat, um zwar auf verschiedenen Wegen, aber um so sicherer dem Preßunfuge, dem größten Feind der Preßfreiheit entgegen zu treten.

Das mittelrheinische Hofgericht will die Annahme des Verzichts aus §. 27 des Einf.Ges. §. 332 Abs. 324 der St.Pr.O. herleiten. Allein dieser letzte Paragraph ist für das Pr.Ges. sicherlich nicht ins Leben getreten. Denn wenn dasselbe in dem §. 32 dem Staatsanwalte aufgibt, in dem Falle des §. 28 Ziff. 5 in zehn Tagen, die Anklage mit dem Antrage auf Bestätigung des Beschlags, und in den Fällen des §. 29 u. 30 binnen 3 Tagen die Anklage dem Gerichte einzureichen, und an die Versäumung dieser Handlung einen andern Rechtsnachtheil nicht knüpft, als die Erlöschung des Beschlags, so ist doch gewiß der Schlußsatz des §. 33 „die Erlöschung des Beschlags hindert nicht die weitere Verfolgung des Schuldigen" nicht anders zu verstehen, als daß die Anklage auch noch nach der Frist von zehn und drei Tagen während der ganzen Dauer der Verjährungs-Frist (§. 27) erhoben werden könne.

Auch die Erörterung dieser Frage zeigt wieder, daß unser Pr.Ges. gar vielfach mehrfältige Auslegungen zuläßt. Dies wird aber bei speziellen Gesetzen immer der Fall sein, wenn sie nicht vollständig genug sind, um als ein in sich abgeschlossenes Ganzes zu erscheinen und deßhalb der ergänzenden gemeinrechtlichen Bestimmungen entbehren zu können, und welche nicht einfach genug sind, um nur die für ihr specielles Bedürfniß nothwendigen, das gemeine Recht abändernde Bestimmungen aufzunehmen, im Uebrigen aber auf der Grundlage des allgemeinen Rechtes sicher ruhen zu können.

Ottendorff.

*) Nach §. 41 Z. 3 und 4 d. Pr.Ges. sind die Benennung des Angeklagten und die Aufführung des Antrags auf ein bestimmtes Maaß der Strafe wesentliche Theile der Anklagschrift. Eine Anklage mit dem beschränkten Gesuche auf Vernichtung einer Schrift gibt es nach unserm Preßgesetze nicht. D. E.

III.

Kann die Ehefrau mit der Klage auf Vermögensabsonderung auch ein Erkenntniß über die Größe ihres Einbringens und ihrer Ersatzforderungen begehren?

(Jahrbücher n. F. XIII. 117. IV.)

In der neuern Zeit ist die — auch in einen Gesetzentwurf übergegangene — Ansicht geltend gemacht worden, daß die Ehefrau, welche die Vermögensabsonderung nachsucht, mit ihrer Klage auf Vermögensabsonderung zugleich ein Erkenntniß über die Größe ihres Einbringens und ihrer Ersatzforderungen verlangen könne.

Diese Ansicht scheint jedoch nicht richtig zu sein, indem sie schon mit dem allgemeinen Grundsatze im Widerspruche steht, daß der Vollzug eines Urtheils erst dann begehrt werden kann, wenn es ergangen und in Rechtskraft erwachsen ist. Denn der Vollzug eines Urtheils, wodurch die Vermögensabsonderung erkannt wurde, besteht gerade darin, daß nunmehr das Vermögen der Ehefrau richtig gestellt, abgesondert, und ihr zur Selbstverwaltung überlassen werden muß. Dieser Vollzug der erkannten Vermögensabsonderung kann entweder freiwillig, nämlich in der Weise geschehen, daß sich die Eheleute an das Amtsrevisorat wenden, und durch dieses die Vermögensabsonderung vornehmen lassen, oder gerichtlich, indem die Ehefrau, wenn sich der Ehemann nicht freiwillig zur Herausgabe ihres Vermögens verstehen will, oder wenn über dessen Größe Streitigkeiten entstehen, den Vollzug gerichtlich betreiben muß. In beiden Fällen, die Vermögensabsonderung mag freiwillig geschehen, oder gerichtlich betrieben werden, sind die Gläubiger nach dem L.R.S. 1447 berechtigt, bei dem Vollzugsverfahren zu interveniren, und ihre Rechte zu wahren. Dies ist ihnen aber nur dann möglich, wenn sie von dem Urtheile, durch welches die Vermögensabsonderung zugelassen wurde, Kenntniß erhalten haben, und deßwegen ist durch den L.R.S. 1445 vorgeschrieben, daß eine jede Vermögensabsonderung, d. h. ein jedes Urtheil, durch welches die Vermögensabsonderung zugelassen wurde, vor dessen Vollzug durch Anschlagung an der Gerichtstafel, und, wenn der Ehemann ein Handelsmann ist, durch den Anschlag in dem Saale des Handelsgerichts seines Wohnsitzes öffentlich bekannt gemacht werden muß, indem sonst der Vollzug ungültig ist. Die genaue Beobachtung dieser im Interesse der Gläubiger erlassenen Vorschrift wird von den französischen Gerichtshöfen für so nothwendig erachtet, daß in mehreren Fällen das ganze Absonderungsverfahren blos aus dem Grunde für ungültig erklärt wurde, weil die Ehefrau zu deren Gunsten das Absonderungsurtheil bereits ergangen war, dessen Vollzug gerichtlich betrieben hatte, bevor dasselbe auf die vorgeschriebene Weise öffentlich bekannt gemacht worden war. Auch Zachariä spricht sich unter Hinweisung auf einige in diesem Sinne ergangene Urtheile der französischen Gerichtshöfe, welchen noch ein Urtheil des Appellationsgerichts zu Caen vom 15. Juli 1828 und ein Urtheil des Appellationsgerichts zu Riom vom 26. August 1844 hinzugefügt werden kann (Sirey t. 30. II. pag. 189, t. 44. II. pag. 653), dahin aus, daß, wenn nicht zuvor dem Urtheile die erforderliche Offenkundigkeit gegeben worden war, die Vollziehung desselben, und mithin die Gütersonderung unwirksam ist, Zachariä 5. Aufl. §. 516 Note 25). Wenn aber hiernach der Vollzug eines bereits ergangenen Urtheils, wodurch die Vermögensabsonderung ausgesprochen wurde, bei Strafe der Nichtigkeit erst dann begehrt werden kann, wenn das Urtheil zuvor auf die vorgeschriebene Weise öffentlich bekannt gemacht worden war, so wird es noch vielweniger zulässig sein, ein solches Begehren schon mit der Vermögensabsonderungsklage zu verbinden. Da die Vorschriften der Art. 867—869 des Code de proc., nach welchen schon die Klage auf Vermögensabsonderung öffentlich bekannt gemacht werden muß, und das Urtheil erst einen Monat nach dieser Bekanntmachung erlassen werden darf, bei uns keine Gesetzeskraft erhalten haben, die Gläubiger daher bei uns von der Vermögensabsonderung erst dann Kenntniß erhalten, wenn das Vermögensabsonderungsurtheil bereits ergangen ist, so würden sie in einem hohen Grade gefährdet sein, falls der Ehefrau gestattet wäre, mit der Vermögensabsonderungsklage eine Klage auf Zuerkennung ihrer Ansprüche zu verbinden; wenn mithin über beide Ansprüche in einem und demselben Urtheile die Entscheidung erfolgen dürfte; indem — wäre dies zulässig — die Gläubiger bei dem Vollzugsverfahren nicht interveniren könnten, weil sie von der Vermögensabsonderung erst dann Kenntniß erhalten würden, nachdem dieselbe durch das über die Ansprüche der Ehefrau ergangene Urtheil bereits zum Vollzug gekommen war.

Außerdem könnte aber auch, wenn der Ehefrau ge-

stattet wäre, schon mit der Vermögensabsonderungsklage ihre Vermögensansprüche zu liquidiren, sehr leicht der Fall eintreten, daß man ein zweckloses Verfahren einleiten würde, indem das über die Liquidationsklage eingeleitete Verfahren zwecklos wäre, wenn die Ehefrau am Schlusse der Verhandlung mit ihrer Vermögensabsonderungsklage abgewiesen wird.

IV.

Ein weiterer Beitrag zur Auslegung des §. 384 des Strafgesetzbuchs.

Kann in dem Falle, wenn beim Diebstahl der erste Fall oder der erste Rückfall nur ein Versuch war, der spätere (vollendete oder versuchte) Diebstahl als ein dritter Diebstahl (beziehungsweise Versuch eines solchen) bestraft werden? *)

Diese Frage wurde von dem mittelrheinischen Gerichtshof nach Berathung in seiner Plenarsitzung vom 30. November 1854 durch Stimmenmehrheit aus folgenden Gründen bejaht:

„Der §. 384 des St.G.B. setzt zwar zum Thatbestand des dritten Diebstahls voraus, daß der Dieb früher schon „wegen Diebstahls und Rückfalls in eben dieses Verbrechen" verurtheilt worden sei, und nach §. 376 gehört zum Thatbestand des Diebstahls die Besitzergreifung, in welcher zugleich auch die Vollendung des Verbrechens liegt; allein wenn der §. 384 von einem früheren Diebstahl und von dem Rückfall in einen solchen spricht, so unterscheidet er dabei nicht, ob derselbe ein vollendeter oder nur ein versuchter Diebstahl gewesen sei.

Auch ein blos versuchter Diebstahl ist im Sinne des Gesetzes ein Diebstahl.

Wo es sich in den §§. 183 und 184 von den Rückfällen überhaupt handelt, führt der §. 183 nur die Kategorie der Verbrechen auf, und der §. 184 sagt, daß es bei den Rückfällen nicht darauf ankommt, ob der frühere Diebstahl ein bloser Versuch oder eine Vollendung des nämlichen oder gleichartigen Verbrechens gewesen sei.

Aus dem §. 183 in Verbindung mit dem §. 184 des St.G.B. geht hervor, daß das Gesetz nur auf die Natur des Verbrechens und nicht auch auf das Stadium der Vollendung oder des Versuchs Rücksicht nimmt, und der §. 183 spricht in gleicher Weise vom „Diebstahl" wie der §. 384, daher ist mit dieser Bezeichnung des Verbrechens nach §. 184 auch im §. 384 ebenso wie im §. 183 sowohl der versuchte als der vollendete Diebstahl verstanden."

*) Man vergleiche hierüber Jahrbücher n. F. XIII. 341.

D. R.

V.

Die Militärgerichtsbarkeit betreffend.

(Annalen XXI. 377.)

Der §. 12 des Gesetzes vom 6. April 1854 (Reg.Bl. No. XVIII. S. 175) schreibt den Versuch einer gütlichen Auseinandersetzung (Art. 48 Code de proc.) vor, ohne eine Frist festzusetzen, innerhalb welcher die Klage eingereicht werden müsse, wenn jener Antrag die Wirkung des L.R.S. 2254 haben soll. Dieß war auch in Frankreich sowohl vor dem Code civil (Gesetz vom 24. August 1790 Art. 6. Tit. 10) als nach dessen Einführung der Fall, ehe noch der Art. 57 Code d. proc. jene Frist bestimmt hatte. Der Cassationshof (und auch der Gerichtsgebrauch in Belgien) hat jedoch nicht die S. 377 der Annalen vorigen Jahrs vertheidigte Ansicht — wornach das Gesetz inhaltlos und dessen Grundsatz: daß der Vergleichsversuch die Verjährung unterbrechen soll; umgestürzt würde — sondern den Grundsatz angenommen: daß die Ladung zur gütlichen Auseinandersetzung die Verjährung unterbreche und die Klage Mangels einer beschränkenden Vorschrift innerhalb der gewöhnlichen Verjahrungszeit laufend vom Tag jener Unterbrechung eingereicht werden könne. Vazeille presc. No. 798. 799. Troplong presc. No. 589. Note 4. 5. Bei uns wird nicht die Zustellung der Ladung, sondern die Einreichung des Antrags den Tag der Unterbrechung bestimmen." Annalen 1853 S. 383.

Fr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 6. Mannheim, 3. Februar 1855.

I.

Fortsetzung der Erörterung von Fragen aus dem Preßgesetze.

(Annalen XXI. No. 9.)

II.

Von welchem Zeitpunkte an gilt die Anlegung des gerichtlichen Beschlags gegenüber einer im Auslande sich aufhaltenden, für sie haftbaren Person für eröffnet?

K. Sch. in Zürich gab ein Bändchen Gedichte heraus, welche auch im Auslande gedruckt und verlegt wurden. Nach ihrer Verbreitung in Karlsruhe belegte sie die Polizei mit Beschlag. Auf den Antrag des Staatsanwaltes wurde dieser Beschlag gerichtlich bestätigt und verfügt, daß die Druckschrift nach §. 18 des Pr.Ges. zu vernichten sei. Dies wurde durch den Anschlag an die Gerichtstafel, sowie nach Anleitung des §. 17 der Verordnung vom 27. Februar 1851 über den Vollzug des Pr.Ges. veröffentlicht.

Als der Verfasser von der Beschlagnahme Kenntniß erhielt, so führte er gegen die Beschlagnahme durch einen Anwalt Beschwerde bei dem Hofgerichte, und nun erhob sich die Frage, von wann an eine Beschlaganlegung gegenüber der für die sträfliche Druckschrift haftenden im Auslande sich aufhaltenden Person für eröffnet gelte. Die Entscheidung dieser Frage durch das mittelrheinische Hofgericht geht dahin:

„Dem im Auslande wohnenden Verfasser oder Verleger gegenüber, welcher nicht nur hinsichtlich der hier vorgefundenen Exemplare, sondern bei der Beschlagnahme im Allgemeinen betheiligt ist, kann der Fristenlauf erst beginnen, wenn das Erkenntniß ihm selbst eröffnet ist, oder andernfalls gemäß §. 136 des Einf.Ges. vom dreißigsten Tage nach dem Einrücken in die Zeitung der Residenz, indem zu einer andern Berechnungsart das Gesetz keinen Anhaltspunkt gibt."

Zur Motivirung dieses Ausspruches ist gesagt: „Erkenntnisse in Strafsachen, welche dem Betreffenden nicht persönlich, sondern durch öffentliche Bekanntmachung eröffnet worden, gelten, soweit es sich um den Fristenlauf zur Ergreifung von Rechtsmitteln handelt, nach §. 136 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 erst am dreißigsten Tage nach dem Einrücken in die Zeitung der Residenz für eröffnet. Für Preßvergehen, und namentlich in Beziehung auf das Erkenntniß über die Beschlagnahme und die Vernichtung einer Druckschrift bestimmt das Pr.Ges. deßfalls nichts Besonderes. Die durch Verordnung vom 27. Februar 1851 §. 17 vorgeschriebene Bekanntmachung solcher Erkenntnisse in dem Verkündigungsblatte und in den vier Kreisanzeigeblättern bezieht sich, wie aus den Schlußworten des Abs. 1 des §. 17 hervorgeht, nur auf den §. 12 des Pr.Ges., wornach nach geschehener Verkündung die fernere Verbreitung verboten ist, und es kann, wenn die darnach zu berechnende Beschwerdefrist gegenüber den inländischen Buchhändlern abgelaufen ist, zur Vernichtung der ihnen hinweggenommenen Exemplare geschritten werden."

Es ist ganz wahr, daß das Pr.Ges. (mit Ausnahme des Falles in §. 44) darüber keinen Ausspruch gibt, von wann an Beschlüsse, welche durch öffentliche Verkündung publicirt werden, als eröffnet gelten sollen. Gleichwohl scheint mir die Entscheidung des mittelrheinischen Gerichtshofes nicht richtig zu sein.

Es sagt §. 136 des Einf.Ges.: „Ueberall, wo eine öffentliche Vorladung Statt hatte, ist auch das verurtheilende Erkenntniß öffentlich bekannt

zu machen, und für diese Fälle wird verfügt, daß erst am dreißigsten Tage nach dem Einrücken in die Zeitung der Residenz das Urtheil für eröffnet gelte; und Gleiches verordnet der §. 44 des Pr.Ges. Die bürgerliche P.O. aber bestimmt in §. 346, daß Urtheile, welche Abwesenden zu verkünden sind, 14 Tage vom Anschlage an die Gerichtstafel, oder der letzten Einrückung in ein öffentliches Blatt der Partei selbst für eröffnet gelten.

Die richterliche Beschlaganlegung nun, und die Verfügung, daß eine Druckschrift zu vernichten sei, ist auf die Annahme basirt, daß eine Druckschrift sträflichen Inhaltes sei, und insofern ist sie allerdings auch ein Erkenntniß. Allein dieser Bescheid ist, wie ich in dem Aufsatze der Annalen dieses Jahrgangs No. 5 nachgewiesen zu haben glaubte, kein Erkenntniß, was gegen die dafür haftbare Person gerichtet ist. Die §§. 136 des Einf.Ges., 44 des Pr.Ges., 346 der bürgerl. Pr.Ord. setzen alle ein Verfahren gegen eine bestimmte Person, welche vorgeladen war, voraus. Der Beschlaganlegung aber geht keine Vorladung, keine Verhandlung voraus, sie verurtheilt keine bestimmte, zur Verantwortung aufgeforderte Person. Sie erscheint also auch nicht ihrer inneren Natur nach als ein Erkenntniß im Sinne des §. 136 des Einf.Ges., des §. 44 des Preß.Ges. *). Ein solcher Bescheid fällt daher in die Klasse aller anderen Beschlüsse gegen Flüchtige und Abwesende und unter diesen sind nicht wenige, welche dieselben, ebenso wie eine Beschlaganlegung sehr empfindlich berühren können, wie z. B. wenn Jemand, als der Verübung eines Verbrechens verdächtig, öffentlich vorgeladen, sein Vermögen mit Beschlag belegt wird. Gleichwohl sah sich der Gesetzgeber nicht veranlaßt, auch für sie die ausnahmsweise Bestimmung des §. 136 Einf.Ges., §. 44 Pr.Ges., vorzuschreiben.

Das Einf.Ges. enthält über die Art, wie solche Beschlüsse öffentlich verkündet werden, und von welchem Zeitpunkte an sie für eröffnet gelten sollen, keine ausdrückliche Vorschriften. Der §. 318 der Straf.Proz.Ord., welcher übrigens nicht ins Leben gerufen worden ist, verwies bezüglich der Art der öffentlichen Verkündung einer Vorladung auf §. 275 (jetzt 262) der bürgerl. Pr.Ord. Dieser verordnet, daß die öffentliche Vorladung an die Gerichtstafel angeschlagen, und in die Zeitung der Residenz eingerückt werde. Er sagt aber eben so wenig, wie §. 318 Str.Pr.Ord., von welchem Tage an die Ladung für eröffnet gelte. Der §. 263 der neuen bürgerl. Pr.Ord. bestimmt, daß eine solche Vorladung von dem Tage des Anschlags, oder von der ersten Einrückung in die Zeitung der Residenz schon für eröffnet gelte. Diese in der alten Pr.Ord. nicht enthaltene Bestimmung ist zwar nicht ausdrücklich in dem Einf.Ges. und in dem Pr.Ges. wiederholt worden. Allein daraus folgt gewiß nicht, daß es in dem Strafprozesse anderst zu halten sei. Im Gegentheile; gerade daraus, daß der Gesetzgeber, in nur einem Falle, eine Frist festsetzt, nach deren Ablauf erst eine Veröffentlichung einer bestimmten, abwesenden Partei für eröffnet gelten solle, muß angenommen werden, daß in den andern Fällen, wie dies die Civil-Pr.Ord. ausdrücklich bestimmt, von dem Tage der Veröffentlichung an, die dadurch zur Kenntniß des Publikums gebrachte Verfügung für eröffnet gelte. Man wird diese durch die bürgerliche Prozeß-Ordnung gegebene Bestimmung um so unbedenklicher für den Strafprozeß anwenden können, als die Str.Pr.Ord. nicht nur in dem bereits angeführten, (nicht ins Leben getretenen) §. 318, sondern auch in dem durch das Einführungsgesetz zur Geltung gerufenen hier verwandten Titel XII. von Vorladungen und „Fristen" §. 135, 140 auf die Bestimmungen der bürgerlichen Prozeß-Ordnung verweist.

Hiernach, scheint es mir, wird eine im Auslande weilende, nach §. 19, 25 Preß.Ges. für eine im Inlande

*) Dafür spricht auch die Vollzugsverord. §. 17. Denn während nach §. 44 des Pr.Ges. dem Verurtheilten durch Anschlag an die Gerichtstafel und Einrückung in die Zeitung der Residenz das Urtheil verkündet werden muß, und daneben noch nach §. 17 V.V. zum Pr.Ges. durch das Bezirksverkündungsblatt, und die vier Kreisanzeigeblätter zur öffentlichen Kenntniß gebracht werden soll, begnügt sich dieser §. 17 für die gerichtliche Anlegung oder Bestätigung des Beschlags damit, daß sie nur durch diese für Anzeigen eigens bestimmte Blätter veröffentlicht werde; eine Veröffentlichung, welche offenbar nur für das Inland berechnet, betrachtet werden kann. Es ist aber als gewiß anzunehmen, daß dem Faktor der Gesetzgebung, welcher das Preßgesetz durch die Vollzugsverordnung in das Leben rief, und in deren §. 17 diese beiden Arten von gerichtlichen Erkenntnissen zusammenstellte, der Charakter einer Beschlaganlegung nicht unbekannt war, und daß wenn er die Beschlaganlegung auch als ein Erkenntniß, gerichtet gegen eine haftbare Person betrachtete, er wenigstens durch die Vollzugsverordnung dafür sorgen mußte, daß gleich wie ein strafendes Urtheil, so auch ein Beschlagerkenntniß der haftbaren Person verkündet werde. — Betrachtet man aber einen solchen Bescheid wirklich als gegen eine bestimmte haftbare Person gerichtet, alsdann darf doch gewiß nicht schon sofort nach Umlauf der Beschwerdefrist, wie großh. Hofgericht annahm, sondern erst 30 Tage nach der Verkündung und von da an zu berechnender Beschwerdefrist zur Vernichtung der sträflichen Druckschrift geschritten werden, denn diese erschiene alsdann nur als der Vollzug eines Straferkenntnisses.

verbreitete sträfliche Druckschrift, haftbare Person nicht verlangen können, daß ihr erst dreißig Tage, von der Verkündung der Beschlagnahme dieser Druckschrift an gerechnet, die Frist der Beschwerde — vorausgesetzt, daß man ihr, ohne daß sie sich stellt, überhaupt ein Recht der Beschwerde gestattet — zu laufen beginne.

III.

Ist es zulässig, daß eine nach §. 47 des Preß-Gesetzes anberaumte Verhandlung über eine Anklage gegen einen Ausländer auf dessen Ansuchen vertagt werde? Von welchem Tage ist die vier- beziehungsweise dreiwöchentliche Frist der §§. 46. 47 des Pr.Ges. zu berechnen?

In der Zeitschrift: Philipps und Görres, historisch-politische Blätter für das katholische Deutschland 34. Bd. 10. Heft erschien ein Aufsatz, welcher nach der Auffassung der Staatsbehörde eine Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung enthielt. Es wurde deßhalb Anklage gegen den Redacteur Jörg in München erhoben, und die Anklageschrift nach §. 47 des Preß.Ges. dem Hofgericht unmittelbar eingereicht. Dieses ordnete unterm 28. Dezember v. J. Tagfahrt zur Verhandlung auf den 8. Jänner l. J. (gerade 3 Wochen) an, die Ladung wurde, da die Nachbarstaaten die Hand zur Insinuation solcher Beschlüsse nicht bieten, durch Veröffentlichung in der Karlsruher Zeitung verkündet. Am 3. Jänner hat ein mit Vollmacht vom 30. Dezember auftretender Anwalt um Vertagung der Verhandlung auf 4 Wochen, um die Vertheidigung vorbereiten zu können.

Der Gerichtshof vertagte „unter Hinweisung auf den §. 47 des Preß.Ges." die anberaumte Verhandlung auf den 22. Jänner (um 14 Tage).

In einer weiteren Eingabe, womit zugleich der Beweis der Wahrheit eines Theils der incriminirten Stellen angetreten wurde, bat der Anwalt des Beklagten unter Bezug auf §. 317 St.P.O. die Verhandlung um weitere 4 Wochen hinauszusetzen, indem er ausführte, daß es nur alsdann ihm möglich sein werde, die Vertheidigung gehörig vorzubereiten. Hierauf ging der Gerichtshof

„i. E., daß der §. 317 Str.P.O. durch das Gesetz vom 5. Febr. 1851 nicht eingeführt ist, im §. 128 dieses Gesetzes vielmehr hinsichtlich der Frist bei öffentlichen Vorladungen eine andere Bestimmung getroffen ist;

„i. E., daß der §. 47 des Preß.Ges. für Preß-Verhandlungen die besondere Vorschrift enthält, daß bei direkter Vorladung die Tagfahrt nicht über drei Wochen hinausgesetzt werden darf; — — daß der Angeklagte am 30. Dezbr. Kenntniß von der Anklage hatte, — — daher diese Frist jedenfalls nur von diesem Tage an gerechnet werden könnte, von welchem Zeitpunkte an der Abwesende wohl keine weitere Frist mehr verlangen kann, als ein Anwesender, an welchen die persönliche Zustellung geschehen ist — —" nicht ein.

Die Versagung einer weiteren Vertagung erscheint hier vollkommen gerechtfertigt durch die aus den angegebenen Entscheidungsgründen ersichtliche Sachlage. Dagegen dürften wohl folgende 2 Fragen gewichtigen Bedenken unterliegen:

1) **Ist es in Preßsachen überhaupt zulässig, durch Vertagung einer anberaumten Verhandlung die durch das Gesetz bestimmte Frist zu erstrecken?**
2) **Von welchem Tage ist die Frist des §. 47 zu berechnen?**

Zu 1. Man wird wohl in der Annahme nicht irren, daß unsere Preßgesetzgebung bei den Bestimmungen des §. 46 und 47 von der Ansicht ausging, es solle durch die in der kurzen Frist von vier, beziehungsweise drei Wochen anzuberaumende Verhandlung einerseits dem Preßunfuge kräftig gesteuert, andererseits eine mit Unrecht verfolgte Druckschrift möglichst schnelle dem Beschlag entzogen werden. Der Gesetzgeber hat hier seinen Willen sehr bestimmt kund gegeben, indem er in §. 46 sagt: „Dieser Gerichtstag darf nicht über vier Wochen hinausgesetzt werden", und in §. 47 — „ladet ihn in eine nicht über drei Wochen hinauszusetzende Sitzung. Es wird wohl auch nicht als eine Härte angesehen werden können, wenn man verlangt, daß dieser bestimmt ausgesprochene Befehl strenge befolgt, und nicht durch Vertagung der anberaumten Sitzung umgangen wird; es sei denn, daß in Fällen höherer Gewalt, welche auch hinterher Grund zur Wiederherstellung abgeben würden, Vertagung begehrt wurde. Denn im Falle des §. 46 ist ohnehin schon die Untersuchung geschlossen, und im Falle des §. 47 kann es sich nur darum fragen, ob durch die Form oder den Inhalt einer veröffentlichten Druckschrift ein Verbrechen verübt wird. Geschieht es durch die Form (Schmähungen, Majestätsbeleidigung u. s. w.), dann bedarf es einer Vorbereitung zur Vertheidigung nicht, die sträfliche Druckschrift liegt vor, und

es ist Sache des urtheilenden Richters das Gesetz darauf anzuwenden. Geschieht es aber durch den Inhalt, so muß die gewöhnlichste Vorsicht einem Schriftsteller sagen, daß er nur solche Thatsachen durch die Presse veröffentlichen darf, deren Beweis er zu liefern im Stande ist; und der redliche, wohlmeinende Schriftsteller, welcher den Schutz der Gesetze auch wirklich verdient, wird nicht Thatsachen veröffentlichen, deren Beweise er nicht besitzt. Dem steht auch nicht entgegen, daß nach §. 23 der Redakteur unter allen Umständen neben dem Verfasser haftet. Denn gerade durch diese Bestimmung, welche nicht allein hier, sondern in vielen Fällen eine materielle Härte im Gefolge hat, wollte unser Preßgesetz die Redakteure nöthigen, sich gewissenhafte Mitarbeiter und Correspondenten zu verschaffen.

Diese Betrachtung führt mich zu der Ansicht, daß die Vertagung einer nach den §§. 46 und 47 anberaumten Sitzung eben so sehr dem Wortlaute und dem Geiste unseres Preßgesetzes zuwiderlaufe, als die Anberaumung einer Sitzung auf einen später als vier, beziehungsweise drei Wochen fallenden Tag selbst.

Zu 2. Die vierwöchentliche Frist des §. 46 ist zu berechnen von dem Tage, an welchem geschäftsordnungsgemäß zu beschließen ist, wenn die geschlossene Untersuchung bei dem Gerichtshofe einkommt. Dies scheint mir in keiner Beziehung einem Bedenken zu unterliegen. Denn hier ist ja die Untersuchung schon gepflogen; der Angeklagte war durch den Untersuchungsrichter nach §. 42 zum persönlichen Erscheinen aufgefordert, und von der Existenz einer Anklage gegen ihn in Kenntniß gesetzt worden. Er weiß, daß er sich zu vertheidigen hat; und nur seiner Nachlässigkeit oder seinem Schuldbewußtsein ist es zuzuschreiben, wenn er unthätig bleibt. Hier sind nun zwei Fälle denkbar. 1) Entweder der Angeklagte bleibt aus. Alsdann müssen die Thatsachen für zugestanden und weitere Vertheidigungsmittel als unzulässig betrachtet werden. 2) Oder aber der Angeklagte hat sich vernehmen lassen und die Sache ist durch eine Untersuchung in spruchreifen Stand gesetzt worden. In beiden Fällen handelt es sich lediglich um Rechtsausführungen. Der Angeklagte war, wenn er für sein Interesse sorgen wollte, schon vorher im Stande einen Vertheidiger für den Gerichtstag zu bestellen; und wenn er dies auch nicht gethan hat, so widerfährt ihm durch den Ausschluß mit der Rechtsausführung kein Unrecht.

Ganz anders ist es im Falle des §. 47. Hier weiß der abwesende Angeklagte gar nicht, daß eine Verfolgung gegen seine Person erhoben ist. Ob ihm die durch Zeitungen veröffentlichte Ladung zu Gesicht kommt oder nicht, darüber hat der vorladende Richter keine Kenntniß; jedenfalls keine Gewißheit, und es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß die Annahme, es sei die Ladung, das Urtheil ihm durch die Zeitung wirklich verkündet worden, immer nur eine gesetzliche Fiktion ist. Hat auch der Angeklagte von der gegen ihn ergangenen Ladung wirklich keine Kenntniß erhalten, tritt gleichwohl mit dem Sitzungstage gegen ihn der Rechtsnachtheil ein, daß er mit Entschuldigungsthatsachen nicht mehr gehört wird. Hier trifft ihn daher ein wirklicher unverschuldeter Nachtheil und es ist eine nicht zu verkennende Härte, daß hier für den Inländer, welchem die Ladung in Person zu behändigen ist, und für den Ausländer, von welchem nicht einmal gewiß ist, ob er von der Ladung nur Kenntniß erhält, dieselbe kurze Frist laufen soll. Allein das Gesetz hat seine Strenge gegen den Ausländer nicht gemildert; es hat nicht einmal verordnet, daß Verkündungen für Ausländer außer der Zeitung der Residenz auch in „eine nach dem muthmaßlichen Aufenthaltsorte des Vorzuladenden zu wählenden Zeitung" (§. 275 der alten bürg. Pr.Ord.) einzurücken seien, ein Ausweg, der doch gewiß sehr nahe lag; es hat sich vielmehr ausdrücklich auf den Anschlag an die Gerichtstafel, und das einmalige Einrücken in die Zeitung der Residenz (§. 44 Pr.Ges.) beschränkt, während doch der Gesetzgeber derselben Periode (des Landtags 18⁴⁰/₄₁) in §. 262 der bürgerlichen Prozeß-Ord. es „dem Ermessen des Richters anheim gibt, da wo eine öffentliche Vorladung verordnet ist, dieselbe in die Zeitung der Residenz ein- oder mehrmals, oder auch in andere Blätter einrücken zu lassen."

Auch daraus, daß der Gesetzgeber den §. 317 der Str.Pr.Ord. oder eine ähnliche Bestimmung nicht in den Titel XII des Einf.Ges. von dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige aufnahm, folgt, daß er jetzt solche Verbrecher viel strenger behandelt wissen wollte, als es bei Fertigung der Str.Proz.Ord. der Fall war.

Bei dieser Lage unserer gesetzlichen Bestimmungen, scheint mir, ist auch hier nur der Tag, an welchem geschäftsordnungsgemäß auf die eingekommene Anklageschrift die Ladung zu verfügen ist, zugleich als der Termin anzusehen, von welchem die dreiwöchentliche Frist läuft, wofür auch die Analogie des Civilprozesses (§. 263) spricht. Jeder andere Termin scheint mir in dem Gesetze

keinen hinreichenden Anhaltspunkt zu finden. Daß nicht zwischen der Ladung, und der dreiwöchentlichen Frist dreißig Tage dazwischen liegen müssen, oder anders ausgedrückt, daß der Ablauf von dreißig Tagen als der präsumtive Zeitpunkt der Eröffnung der Ladung durch die Zeitung anzusehen, und deßhalb von da an die dreiwöchentliche Frist zu rechnen ist, *) scheint mir mit aller Bestimmtheit aus dem zweiten Absatz des §. 44 hervorzugehen. Denn hätte der Gesetzgeber dieses gewollt, so hätte er für die beiden Fälle des Absatzes 2 des §. 44 und nicht blos für das Urtheil verordnet: „es gilt am dreißigsten Tage nach dem Einrücken in die Zeitung als eröffnet."

Ottendorff.

II.

Ueber die Verweisung von Liegenschaftskaufschillingen, deren Vorzugsrecht gehörig gewahrt ist.

So wenig die Frage in Zweifel gezogen wurde, daß der auf den Kaufschilling einer Liegenschaft verwiesene Gläubiger des bisherigen Eigenthümers, wenn er einen Kaufschilling nach seiner Verweisung fordern dürfe, auch das damit etwa verbundene Vorzugsrecht in Anspruch zu nehmen berechtigt sei, so sehr ist die Vorfrage bestritten, ob eine Verweisung dem Gläubiger das Recht ertheile, den Kaufschilling selbst geltend zu machen. Dieselbe wurde in Annalen XIX. 148. 149. XX. 238. 239 aufgeworfen, und von ihrem Einsender und der Redaction in XXI. 117—119. XXII. 20. 21. verneint, dagegen in einem Aufsatze XXI. 130—132. *) ihre Bejahung versucht. Die Aufsätze Annalen XXI. 81—85, oberhofgerichtliche Jahrbücher XVI. 220 ff. 542 ff. XX. 228 wurden für die Verneinung aufgerufen, die in Annalen XVIII. 43—46, oberhofgerichtliche Jahrbücher XX. 458 liefern Material für die Bejahung der Frage, welche bei der Häufigkeit von Liegenschaftsverkäufen täglich wiederkehrt, und zu deren gleichmäßiger Lösung beizutragen der Zweck der nachstehenden Bemerkungen ist.

Läßt man mit Annalen XXII. 20 die seltenen Fälle, in welchen der Verkäufer seinen Gläubiger in seine Rechte auf den Kaufschilling ausdrücklich einweist, hier bei Seite, und faßt blos die in's Auge, in denen bei freiwilliger oder zwangsweiser Veräußerung einer Liegenschaft der Kaufschilling als „auf Verweisung zahlbar" bezeichnet, und dann dem Gläubiger eine Verweisung auf den Käufer zugefertigt wird, so findet man, daß die verneinende Ansicht lediglich auf der Meinung beruht, daß eine solche Verweisung eine bloße Schuldüberweisung sei, diese aber den — dabei nicht mitwirkenden — Gläubiger nicht berechtige, auch dem überwiesenen Schuldner gegenüber eine andere Forderung geltend zu machen, welche ihm gegen den überweisenden Schuldner zustand.

Dieser Ansicht kann Einsender des Aufsatzes in Annalen XXI. 130 nicht beitreten, denn einmal kann man nicht behaupten, daß eine Verweisung blos als Schuldüberweisung betrachtet werden dürfe, sodann aber dürften sich, dies selbst angenommen, die daraus gezogenen Folgerungen nicht rechtfertigen lassen.

Man kann dabei von der, oberhofg. Jahrbücher XX.

*) Bekk „das Preßgesetz mit Erläuterungen" sagt in Note 2 zum §. 46: „Bei der Vorladung von Abwesenden und Flüchtigen kann übrigens die Vorschrift des §. 46, Abs. 1, daß die Sitzung nicht über 4 Wochen hinauszusetzen sei, nur in der Art eingehalten werden, daß man diese 4 Wochen erst mit dem Ablaufe der dreißig Tage, wo die Vorladung nach Analogie des §. 44, Abs. 2, als dem Angeklagten bekannt geworden, zu betrachten ist, beginnen läßt, denn der §. 46. Abs. 1 setzt wie der §. 47. Abs. 2 eine alsbaldige Zustellung der Vorladung an den Angeklagten voraus." Bekk stellt also die beiden Fälle des §. 46 und 47 ganz gleich. — In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern N. F. XIII. Jahrgang, S. 394, ist in dem Aufsatze: „Aus der Preßgesetzgebung" von demselben Herrn Verfasser angeführt, das mittelrheinische Hofgericht habe im Hinblick auf den §. 128 des Einf.Ges. angenommen „daß die Fristbestimmung von dem richterlichen Ermessen abhänge, „das sich nach der Entfernung des bekannten, oder wahrscheinlichen „Aufenthalts des Angeschuldigten, oder nach der größeren oder geringeren Leichtigkeit, daß ihm die Ladung dort bald bekannt werde, zu „richten habe." Der Unterschied zwischen der Bestimmung des §. 128 des Einf.Ges. und den §§. 46 und 47 des Preß-Ges. liegt aber gerade darin, daß der §. 128 des Einf.Ges. es dem Ermessen des Richters überläßt, eine passende Frist zu finden, ohne solche selbst anzusetzen, die §§. 46 und 47 aber solche Fristen, welche nicht überschritten werden dürfen, selbst angesetzt haben.

D. E.

*) In diesem Aufsatze haben sich einige Druckfehler eingeschlichen, welche hiermit nachträglich berichtigt werden. So ist

S. 130. Sp. 2. Z. 20 von oben „wobei" statt „oder wobei";
S. 130. Sp. 2. Z. 27 von oben „durch" statt „auch";
S. 130. Sp. 2. Z. 40 von oben „der" statt „den";
S. 132. Sp. 1. Z. 3 von oben „nun" statt „nur"

zu lesen.

D. R.

228 ff. angeregten Frage, ob solche Verweisungen nicht ein selbstständiges deutsches, den Römern und dem daraus in dieser Materie abgeleiteten französischen Rechte fremdes Institut seien (und dafür dürfte unter Anderm der Umstand sprechen, daß die Ortsgerichte, welche auch die Grund- und Pfandbücher zu führen haben, früher ausschließlich die Verweisungen der Kaufschillinge zu fertigen hatten) völlig absehen, da schon nach den Bestimmungen des Landrechts eine Verweisung nicht ausschließlich unter den Gesichtspunkt der Schuldüberweisung gestellt werden kann.

Vielmehr fallen die Verweisungen je nach den ihnen vorhergegangenen und sie begleitenden Umständen unter verschiedene Rechtsbestimmungen. Entweder veräußert der Schuldner seine Liegenschaft freiwillig, oder sie wird ihm im Zwangswege versteigert. Im ersten Falle kann es nun vorkommen, daß diese Veräußerung ohne alles Zuthun des Gläubigers erfolgt, und daß selbst die Anweisung an den Käufer, den Gläubiger zu bezahlen, ohne dessen Mitwirkung geschieht, er sogar nicht einmal eine Nachricht erhält, daß der Käufer hiezu angewiesen sei. In diesem Falle ist allerdings die Rolle des Gläubigers eine rein passive, und das Rechtsverhältniß kein anderes als das der Schuldüberweisung. Wenn dagegen, und dies wird wohl die Mehrheit der Fälle bilden, der Gläubiger Zahlung begehrt, und dann der Schuldner, um einem gerichtlichen Verfahren zu entgehen, seine Liegenschaft veräußert, und den Gläubiger auf den Kaufschilling verweisen läßt, so darf sicher der blose Act der Verweisung nicht von den vorausgegangenen Momenten, welche die Einleitung zum Ganzen bildeten, getrennt, und als Schuldüberweisung behandelt werden, es liegt alsdann vielmehr schon hierin eine Anweisung an Zahlungsstatt, zwischen dem Gläubiger und seinem Schuldner, ganz abgesehen davon, daß in der Mehrheit solcher Fälle der Gläubiger veranlaßt werden wird, vor demjenigen, welcher die Verweisung fertigt, seine Ansprüche näher zu begründen, und seine Theilnahme also auch in dieser Beziehung eine active wird.

Wird aber — zweiter Fall — die Liegenschaft im Zwangswege versteigert, so tritt bezüglich des Acts des Verkaufs der Vollstreckungsbeamte an die Stelle des Eigenthümers. Hier hat nun der Gläubiger entweder die Versteigerung, auf welche die Verweisung erfolgt, selbst erwirkt, dann ist seine Rolle gewiß keine passive (so wenig als bei dem in der Gant liquidirenden Gläubiger, der nach dem Ganturtheil verwiesen wird), oder er muß doch als eingetragener Gläubiger bei dem Vollstreckungsbeamten seine Forderung zum Behuf der Fertigung der Verweisung anmelden, dann ist dies sicher eben so wenig der Fall, wie ja auch in beiden Fällen der Gläubiger zur Eröffnung der Verweisung vorgeladen werden und hierüber sich erklären muß, und damit erst das Geschäft der Verweisuug so abgeschlossen ist, daß hierauf die nöthige Ausfertigung erfolgen kann. In diesen Fällen, wie in dem weitern, wenn ein unbevorzugter Gläubiger Mangels an Zahlung (P.O. §. 1039. 2) sich auf den Kaufschilling — freilich nach den bevorzugten Gläubigern — einweisen läßt, liegt ebenso eine Anweisung des Kaufschillings an Zahlungsstatt, welche, wie Annalen **XXI.** 130 auszuführen versucht wurde, der Einweisung des Gläubigers, in die mit Beschlag belegte Forderung (und zwar schon dem Wortlaute „Zuweisung" und „Verweisung" nach) völlig gleichsteht, und dem Gläubiger damit die Geltendmachung der Rechte seines Schuldners, des Verkäufers, an den Käufer bis zu seiner Befriedigung überläßt. Eine solche Einweisung, welche dem Gläubiger Rechte verleiht, die denen des Eigenthümers sehr nahe kommen (vergl. P.O. §. 987. L.R.S. 2279. 529. 1689. 1690), wurde auch uneigentlich (Annalen XVIII. 45) eine cessio necessaria genannt, und es möchte daher nicht verfehlt sein, wenn man bei der Verschiedenheit der möglichen Fälle und lediglich in Betracht des Wesens der Sache in Annalen **XXI.** 130 ff. die Verweisungen nicht e i n e m Rechtsbegriff schlechthin unterstellte, sondern eine Rechtsüberweisung oder eine Art von Cession bei den Vorgängen dahin gestellt ließ, aus welchen der procurator in rem suam seine Rechte ableitet.

Aber auch in den Fällen, in welchen eine Verweisung lediglich als Schuldüberweisung betrachtet werden muß, wird man nicht annehmen können, daß der verwiesene Gläubiger gegenüber dem Schuldner seines Schuldners, auf welchen er nun verwiesen ist, nur seine ursprüngliche Forderung an seinen Schuldner, den Verkäufer, geltend machen dürfe. Soll das Geding, der Käufer müsse auf Verweisung bezahlen, eine practische Wirkung gegen diesen haben, so muß es auch klagbar sein. Da nun der Käufer lediglich aus dem Kaufvertrage haftet, und der L.R.S. 1121 dem verwiesenen Gläubiger gestattet, den bedungenen Vortheil sich zuzueignen, L.R.S. 1166, aber mindestens die Auslegung gewährt, daß der Gläubiger zur Geltendmachung der Rechte seines Schuldners ermäch-

ligt werden kann, und diese Ermächtigung sicher in dem obigen Geding liegt, so muß auch dem verwiesenen Gläubiger zustehen, gegen den Käufer den Kaufschilling in eigenem Namen einzuklagen, während er sich andernfalls alle die mit der Sache zusammenhängenden Einreden gefallen lassen muß, welche der Käufer gegen den Verkäufer hatte. (S. Zachariä, französisches Civ.R., §. 346 Note 13). Andernfalls käme man zu dem Ergebniß, daß der Käufer, welcher lediglich einen Kaufschilling schuldet, solchen dem Verkäufer in Folge der ergangenen Verweisung zwar ohne eigene Gefahr nicht bezahlen dürfe, daß er aber dem Gläubiger, welcher auf den Kaufschilling verwiesen ist, keinen Kaufschilling, sondern irgend eine andere persönliche Schuld des Verkäufers, die ihm von Anfang an fremd war, entrichten müsse, und erst in Folge dessen und seines Schuldverhältnisses zu dem Verkäufer diese Zahlung mit dem Kaufschilling wettschlagen dürfe, welchen doch der Verkäufer an ihn gar nicht fordern kann. Umgekehrt dürfte, während doch der Käufer nicht übernommen hat, eine frühere Schuld des Verkäufers abzutragen, sondern nur seinen Kaufschilling nach der Berechnung (das Rechtsverhältniß ist ihm gleichgültig) zu bezahlen, welche ihm der Verkäufer aufstellt, der Gläubiger, welcher verwiesen ist, und in Folge dessen ein Klagrecht hat, diejenige Forderung gegen den Käufer nicht geltend machen, welche diesen allein berührt, d. h. den Kaufschilling, sondern müßte gegen diesen ihm fremden Schuldner, der seine Forderung in ihrer ursprünglichen Gestalt gar nicht ausdrücklich auf sich genommen hat, doch diese letztere Forderung, als solche geltend machen, dem Verkäufer aber, der sich doch bis zu der betreffenden Summe seiner Ansprüche auf den Kaufschilling begeben hat, überlassen, gegen den Käufer darauf zu klagen, daß dieser ihn, den Gläubiger, aus dem Kaufschilling bezahle. Solche Widersprüche sind nicht wohl anzunehmen, vielmehr ist dem verwiesenen Gläubiger eine Klage auf den Kaufschilling einzuräumen, damit stimmen auch die Ausführungen in den oberhofgerichtlichen Jahrb. XX. 232 (welche zur Begründung der gegentheiligen Ansicht anzurufen, wie dies Annalen XXI. 117 geschah, kein Grund vorlag) und XX. 459. 460 (welch letztere annimmt, daß durch das Geding der Zahlung auf Verweisung beim Kaufvertrag der verwiesene Käufer in eine Kaufschillingsforderung eintrete) überein, und man wird auch nicht leicht zu einem andern Ergebniß gelangen, wenn man den Akt der Veräußerung und der Verweisung für sich allein mit Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen der Vertragspersonen beurtheilt.

Nach diesem, dem Willen der Vertragspersonen nämlich sind die Verträge zunächst auszulegen — L.R.S. 1156 ef 1100 db 1157—1161 — und zwar ihrem Gegenstande gemäß und mit möglichster Aufrechthaltung ihres Inhalts. Geschieht nun eine freiwillige oder eine zwangsweise Veräußerung unter der Bedingung der Zahlung auf Verweisung, so ist ausgedrückt, daß der Verkäufer sich bis zum Betrag der verwiesenen Forderungen seines Kaufschillings entäußere, d. h. daß er ihn nicht mehr zu fordern habe, sondern nunmehr die verwiesenen Gläubiger, um deren Befriedigung es sich handelt. Einer Klage, die er auf den Kaufschilling erheben würde, stände nämlich die allgemeine exceptio doli, oder mindestens eine dem L.R.S. 1653 analoge Einrede entgegen. Kann aber der Verkäufer auf diesen Theil des Kaufschillings keinen Anspruch erheben, und schuldet andererseits der Käufer lediglich einen Kaufschilling, so muß, nachdem sich also der Verkäufer seiner Rechte hierauf entäußert hat, doch auch ein zum Bezug dieses Kaufschillings berechtigter vorhanden sein, und dies ist gewiß Niemand als der Gläubiger, welcher darauf verwiesen ist, und welchem der Verkäufer gerade um sich bezahlt zu machen, den entsprechenden Antheil des Kaufpreises dadurch überlassen hat, daß er schon bei dem Verkauf durch die Bedingung der Zahlbarkeit auf Verweisung erklärte, daß er nur das in Anspruch nehme, was nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibe.

Hiernach und da die Annahme einer etwa möglichen so gezwungenen Auslegung, wie sie so eben bei der Schuldüberweisung versucht wurde, dem muthmaßlichen Willen der Vertragspersonen gewiß widerspricht, darf man wohl, wie auch in Annalen XXI. 130 behauptet wurde, annehmen, daß das Verhältniß der Verweisung lediglich der Zuweisung einer mit Beschlag belegten Forderung gleiche, bei welcher, wenn es sich um die Klage gegen den überwiesenen Schuldner handelt, die ursprüngliche Forderung und die Thatsache der Verweisung nichts Anderes als die Activlegitimation bildet, auf welche hin der Gläubiger die ihm zugewiesene Forderung selbst und in ihrem eigentlichen Bestande ausklagt, und wenn sie von einem Vorzugsrecht begleitet ist, natürlich auch dieses letztere geltend macht. Man wird daher auf, der oberhofg. Jahrb. XVI. 225 aufgestellten einschränkenden Auslegung, welche oberhofg. Jahrb. XX. 232. 459. verlassen ist,

nicht stehen bleiben, und gegenüber der bei solchen Verweisungen obwaltenden und klar ausgesprochenen Absicht auch dem L.R.S. 2112 nicht in Bezug auf die Vorzugsrechte die Wirkung beilegen können, daß dieselben (welche doch als Nebensache von dem, welcher den Kaufschilling geltend zu machen befugt ist, schon der Natur der Sache nach immer mit dem Kaufschilling angesprochen werden dürfen) nur im Fall einer förmlichen Cession mit der Kaufschillingsforderung verbunden bleiben.

Es genügt also die geschehene Verweisung, wenn der verwiesene Gläubiger den Kaufschilling mit seinem Vorzugsrecht gegen den Schuldner einklagen will, und es ist hierzu eine vorgängige Rechtswandlung in dem Rechtsverhältniß des Gläubigers zu seinem ursprünglichen und in dem zu seinem neuen Schuldner ebensowenig erforderlich, als daß in der Verweisung und nachfolgenden Einklagung der zugewiesenen Schuld eine solche läge.

Daß vielmehr dem verwiesenen Gläubiger sein ursprünglicher Schuldner nach wie vor haftbar bleibt, geht aus der Natur der Sache, verglichen mit L.R.S. 1273. 1275—1277 arg. 1270 a. E. Pr.O. §. 903 hervor, und es liegt darin, daß dem Gläubiger neben dem Zugriff auf die zugewiesene Forderung seines Schuldners die Geltendmachung seiner Forderung an diesen ursprünglichen Schuldner bis zur völligen Befriedigung bleibt, nach L.R.S. 1244 Pr.O. §. 933. 986 keine willkührliche Begünstigung des Gläubigers, der aber jedenfalls (entgegen der Aufstellung Annalen XXII. 21) dadurch, daß er neben seinem ursprünglichen Schuldner noch eine mit Vorzugsrecht gesicherte Forderung ausklagen darf, sich in Folge dieser realen Deckung besser befindet, als wenn er zwei schlechte persönliche Schuldner auszuklagen hätte.

Auch die Verordnung großh. Justizministeriums vom 21. November 1851 scheint nach der Wortfassung der §. 117. 128. 133 lediglich von der Ansicht ausgegangen zu sein, daß der Gläubiger direkt auf den Kaufschilling verwiesen werde. Diese Ansicht wird zunächst bezüglich der Ganten dadurch unterstützt, daß früher nach der Verordnung vom 13. März 1823 der Massepfleger die Kaufschillinge der Liegenschaften einzuziehen hatte (was sicher nur durch die Klage aus dem Kauf geschehen konnte) und dann die Gläubiger nach ihrer Verweisung befriedigte, während jetzt die Gläubiger nicht direkt verwiesen werden, aber dann doch einzeln nicht auf andere als diejenigen Rechtstitel angewiesen werden können, auf welche dies früher für den Massepfleger Namens ihrer Gesammtheit geschah. Die Veräußerung im Gantprozeß untersteht aber keinem andern Gesichtspunkt als die gewöhnliche Zwangsversteigerung (Pr.O. §. 806), und diese unterscheidet sich bezüglich der Verweisungen von der freiwilligen Veräußerung lediglich durch die äußere Veranlassung und die Procedur.

In dem römischen Recht spricht der Abs. 2 in Cod. VIII. 27. 1. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse für die hier vertheidigte Ansicht. Dort wird bestimmt, daß wenn ein persönlicher Gläubiger des Eigenthümers Versteigerung erwirke, und sich dem neuen Erwerber gegenüber ein Pfandrecht auf das versteigerte Grundstück bedinge, er, obschon ursprünglich blos persönlicher Gläubiger, doch eine Pfandklage besitze. Der Fall hat mindestens große Aehnlichkeit mit dem, wenn bei einer Versteigerung das Vorzugsrecht des Kaufschillings gewahrt, und der Gläubiger dann auf diesen verwiesen wird.

Hat demnach der verwiesene Gläubiger das Recht, einen Kaufschilling mit seinem Vorzugsrecht geltend zu machen, so versteht es sich von selbst, daß er dies nur in so fern thun wird, als er hierdurch ältern und bessern Rechten, die er etwa in Folge eines frühern Pfandrechts besitzt, nichts vergibt. Es wird in Folge dessen die Verweisung auf den Kaufschilling und das Vorzugsrecht des letztern nur dem bisher unbevorzugten Gläubiger zu gut kommen. Der Gläubiger aber, welcher ein vor dem Verkauf entstandenes Pfand oder Vorzugsrecht besitzt, macht natürlich dieses letztere geltend, nicht aber das Vorzugsrecht des Kaufschillings. Eine solche Folgerung, wie sie Ann. XXII. 21. versucht wurde, läßt sich aus dem Satz, daß der verwiesene Gläubiger den Kaufschilling mit seinem Vorzugsrecht geltend zu machen berechtigt sei, niemals ziehen, wenn nicht die Berechtigung der Gläubiger, einen Kaufschilling geltend zu machen, mit einer Verpflichtung (auch des verwiesenen Pfandgläubigers) hiezu verwechselt, und dabei ein Uebersehen des Rechtssatzes unterstellt wird, daß die Pfandrechte, welche dem Verkäufer gegenüber entstanden sind, dem Vorzugsrecht des Kaufschillings aus späterer Veräußerung ganz unbedingt vorgehen. (L.R.S. 2095. 2103. 2134. 2166. Stabel Pfandrecht S. 9 10. Stempf Gantrecht 1. Ausg. S. 95. Note 2.) Welt dingliche Rechte S. 183. Note †. Zachariä §. 263. Note 4. §. 289. Note. 1. Die Ansicht, daß der auf einen Kaufschilling verwiesene Gläubiger diesen mit seinem Vorzugsrecht geltend machen dürfe, führt demnach zu keinen Widersprüchen, die sich vielmehr (Ann. XXI. 132.) nur ergeben, wenn man ihm dies Recht abspricht. Ein Gläubiger, welcher ihr gemäß liquidirt, nimmt damit auch nichts Ungebührliches in Anspruch, und braucht sich nicht, nachdem schon der Verkauf selbst mit dem damit verbundenen Eintrag sein Vorzugsrecht gewahrt hat, anweisen lassen, nochmals einen Pfandeintrag zu erwirken, um in dem Verfahren hierüber die ihm zustehende Priorität zu verlieren, wenn der Käufer mit oder ohne Arglist die erworbenen Liegenschaften sofort mit neuen Pfandlasten beschwert.

R. W.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 7.** **Mannheim,** 10. Februar **1855.**

I.

1) Aenderung der Klage im mündlichen Verfahren. §. 304 und 635 d. Pr.O.

2) Zurückweisung der Sache an den Unterrichter im Falle der Oberrichter die Klagänderung für zulässig hält. §. 1177 d. Pr.O.

(Annalen XX. 103. 104.)

Die Gemeinde Sinsheim erhob gegen den frühern Gemeinderechner G. daselbst eine schriftliche Klage auf Entschädigung, indem sie behauptete, der Beklagte habe die Sportelverzeichnisse während seiner Dienstführung zum Einzuge der Gemeindesporteln zugestellt erhalten, denselben nicht gehörig betrieben und dadurch bei inzwischen eingetretener Vermögenslosigkeit der Sportelschuldner der Gemeinde Verluste verursacht. In der zur mündlichen Verhandlung auf die Klage anberaumten Tagfahrt gab der Beklagte seine Vernehmlassung ab und veranlaßte eine Vervollständigung der Klage, wornach der ursprüngliche Klaggrund als aufgegeben erschien, dagegen behauptet wurde, daß sich der Beklagte nach bereits niedergelegtem Dienste zur Beitreibung der Sporteln speziell verpflichtet habe. Der Unterrichter wies die Klage ab, indem er die Klagänderung für unzulässig hielt. Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hob jedoch das unterrichterliche Urtheil auf und wies die Sache zur weitern Verhandlung auf die abgeänderte Klage an den Unterrichter zurück und zwar aus folgenden

Gründen:

Daß durch die nachgeschobene Behauptung dem frühern thatsächlichen Klagegrund ein neuer hinzugefügt wurde, unterliegt keinem Zweifel; denn während in der Klage die Verpflichtung des Beklagten zur Beitreibung der Ausstände auf sein dienstliches Verhältniß als Gemeinderechner vom Jahre 1840 bis 1. Januar 1847 gegründet wurde, wird in dem Klagnachtrage behauptet, daß sich der Beklagte, nachdem er sein Amt bereits nicht mehr bekleidet, durch Notariatsakt vom 15. Juni beziehungsweise vom 8. März 1847 zur Eintreibung dieser Sportelrückstände speziell verpflichtet habe. Die Prozeß Ordnung läßt nun eine solche Klagänderung nach §. 304 der Pr.Ord. in so lange zu, als die Einlassung auf die Klage noch nicht erfolgt ist. Im vorliegenden Fall war dieselbe, so weit es überhaupt möglich war, abgegeben und der Umstand, daß eine Klagvervollständigung und auf dieselbe eine weitere Vernehmlassung nöthig wurde, kann dem Kläger kein Recht verschaffen, das er bei einer vollständig angebrachten Klage nicht gehabt hätte. Allein es fragt sich, ob nicht §. 635 d. Proz.Ord. ein anderes Ergebniß herbeiführen muß. Nach diesem §. sollen beim mündlichen Verfahren die Vorträge der Parteien nicht einzeln zu Protokoll gegeben, sondern dieses erst dann aufgenommen werden, nachdem die Behauptungen beiderseits vorgetragen und auf solche Weise die Streitpunkte festgestellt worden sind. Nur nach dem Schlusse des Protokolls sollen keine neuen Behauptungen und keine Abänderungen der gestellten Anträge in Bezug auf die zu Protokoll genommenen Prozeßhandlungen mehr vorgebracht werden. Wollte man nun auch annehmen, daß, da hier die Klagebegründung nicht neue Behauptungen in Bezug auf die zu Protokoll genommenen Prozeßhandlungen, sondern solche in Bezug auf die schriftlich eingereichte Klage enthält, der zweite Absatz des §. 635 d. Pr.O. auf den vorliegenden Fall keine wörtliche Anwendung finde, so ergibt sich doch schon aus jener Verhandlungsweise, an die sich der Unterrichter nicht gehalten zu haben scheint, daß es auf die Reihenfolge der,

in mündlichem Austausch vorgetragenen Behauptungen, welche nur durch successive Protokollirung dokumentirt werden könnte, jedoch nach der dem Richter in den §§. 634 und 635 d. Pr.O. zur Pflicht gemachten Verarbeitung der Partei-Vorträge auf diese Weise nicht dokumentirt werden darf, nicht ankommen kann, es vielmehr Sache der Prozeßleitung gewesen wäre, nach der mündlichen Verhandlung Klagvervollständigung und Klagnachtrag der Vernehmlassung bei der nachfolgenden Protokollaufnahme vorauszusetzen, in welchem Falle nach §. 304 d. Pr.O. die Klagänderung nicht hätte beanstandet werden können. Es entspräche ferner dem Grundgedanken des mündlichen Verfahrens, dem Gedanken der Prozeßbeschleunigung und Abkürzung, der Erleichterung der eigenen Prozeßführung der Parteien durch thätige Beihülfe des Richters nicht, wenn ein, nur in der Reihefolge der beiderseits vorgetragenen, noch nicht einmal zu Protokoll genommenen, thatsächlichen Behauptungen liegender und durch den Richter ohne irgend einen Nachtheil für die Verhandlungen zu verbessernder Verstoß, unverbessert bliebe und dadurch jeweils abweisendes Erkenntniß und neue Klage nothwendig würde, während jene Verbesserung nur in seltenen Fällen die Anberaumung einer neuen Tagfahrt zur Folge hätte. Es war daher im vorliegenden Fall die Klagänderung noch zulässig. Das unterrichterliche Urtheil hat, indem es diese Klagänderung und die weitern Verhandlungen auf dieselbe für unzulässig hält und deßhalb die Klägerin mit ihrer Klage abweist, die Natur einer Ladungs-Versagung und zwar nicht einer Ladungs-Versagung im Sinne des §. 283 d. Pr.O. gegründet auf die Ansicht, daß die Klage in Rechten nicht gegründet sei, sondern einer Ladungsversagung aus rein formellen Gründen. Es ist daher nach richtiger Auslegung des §. 1177 d. Pr.O. in Verbindung mit der Betrachtung, daß die kostspieligern Verhandlungen in 2. Instanz möglichst zu vermeiden und diese selbst in der Sache den Parteien zu erhalten sei, das unterrichterliche Urtheil aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung an den Unterrichter zu verweisen.

v. Hillern.

II.

1) Sind die Paragraphen 1000. 1017 P.O. über die Dauer der Zwischenzeit vom Tage der Bestimmung einer Versteigerung bis zum Versteigerungstag wesentliche Bedingungen der Rechtsgiltigkeit einer Liegenschaftsvollstreckung? Fallen auch solche Fehler einer Vollstreckung unter die §§. 928, Abs. 3. 1021 der P.O.?

2) Ist die Bestimmung des §. 229 P.O. auch auf Versteigerungstagfahrten mit der Wirkung anwendbar, daß vor Ablauf einer Stunde der Zuschlag nicht ertheilt werden darf?

3) Ist es dem Richter gestattet, Jemanden als Protokollführer bei Versteigerungen zu verpflichten, wenn diese verpflichtete Person nicht zu der Klasse der Rathschreiber, Gemeinderäthe und Waisenrichter des Orts gehört? Ist ein Versteigerungsact, welcher von einem solchen Protokollführer beurkundet wurde, rechtsgültig?

Pr.O. §. 1016. Verordnung vom 2. Juli 1851. §. 10, die Aufstellung und Ernennung von Vollstreckungsbeamten betr., Reg.-Bl. No. XXXVIII.

Dem Kaufmann L. wurde im Zwangswege ein Haus versteigert. In der ersten Versteigerung wurde der Schätzungspreis nicht erreicht. Der Vollstreckungsbeamte verkündete in der Tagfahrt, bei welcher der Unterpfandsgläubiger Wormser anwesend war, daß eine zweite Versteigerung statt finde, und beraumte die Vornahme derselben auf einen nur 13 Tage von der ersten Versteigerung entfernten Tag, Mittags 2 Uhr, an. Es erschien nur ein Kaufliebhaber auf dessen sehr niedriges Gebot das Haus, und zwar noch ehe es 3 Uhr war, von dem Vollstreckungsbeamten zugeschlagen wurde. Kurz nach dem Zuschlag erschien der Gläubiger Wormser, welcher ebenfalls mitbieten wollte. Er begehrte wegen des zu schnell erfolgten Zuschlags eine weitere Versteigerung, worauf aber der Steigerer nicht einging.

Das großh. Stadtamt Karlsruhe, in dessen Bezirk die in Frage liegende Versteigerung gehalten wurde, hatte, weil es mit großen Schwierigkeiten verbunden war, zu den häufigen Hilfsvollstreckungen den Rathschreiber, einen Gemeinderath, oder Waisenrichter jener Stadt (siehe Ver-

ordnung v. 2. Juli 1851 §. 10 B.O. §. 16) jeweils zuzuziehen, eine eigene Person, den Commissionär Schreiber als Protokollführer bei den Hilfsvollstreckungen verpflichtet. Schreiber beurkundete auch das hier in Frage liegende Versteigerungsprotokoll.

Wormser, welcher sich durch das Ergebniß dieser Versteigerung sehr benachtheiligt glaubte, erhob eine Klage, um solche als nichtig aufheben zu lassen. Er stützte diese Nichtigkeitsklage auf folgende Gründe:

1) Es habe der Vollstreckungsbeamte die zweite Versteigerung früher anberaumt, als der §. 1017. 1000 P.O. es zulasse. Der Unterrichter hielt dafür, daß die Vorschrift dieser §§. über die Dauer der Zwischenzeit von der Bestimmung der Tagfahrt an bis zur Abhaltung der Versteigerung nicht „eine von dem Gesetze für so nothwendige Förmlichkeit erklärt sei, daß auf ihre Nichtbeobachtung Nichtigkeit gesetzt wäre.“ Dieß ist gewiß nicht richtig. Denn wenn der Gesetzgeber im Interesse des Schuldners, wie seiner Gläubiger diese Fristen für nothwendig erachtet hat, damit die öffentlichen Verkündigungen innerhalb derselben zur Kunde aller etwa Kauflustigen gelangen können, so darf es nicht von der Willkühr der Vollstreckungsbeamten abhängen, diese Frist zu verkürzen. Damit wäre, selbst wo im einzelnen Falle aus dem Erlöse der Vollstreckung jeder Gläubiger befriedigt würde, die Absicht des Gesetzes nicht erreichbar. L.R.S. 6k. Denn diese Absicht geht nicht allein dahin, daß das Interesse des Gläubigers durch die Hilfsvollstreckung gewahrt, sondern auch, daß das Vermögen des Schuldners durch die Vollstreckung nicht mehr als nothwendig verringert wird. §. 936 Pr.Ord., §. 42 der Verord. vom 21. November 1851.

So wichtig indessen auch die Vorschrift ist, so fällt doch auch die Klage wegen Nichteinhaltung dieser Anordnung unter die Bestimmungen des §. 928 Ziff. 2 und 1021 Proz.Ord. Denn dem Gesetzgeber mußte es im Interesse des öffentlichen Credits noch wichtiger erscheinen, daß Hilfsvollstreckungen nach einer kurzen Frist unanfechtbar werden, als daß bisweilen das Interesse eines Einzelnen darunter leidet. Darum wurde im §. 1021 bestimmt, daß alle Klagen und Beschwerden binnen 4 Wochen erlöschen, und im §. 928 Abs. 2 verordnet, daß Nichtigkeitsklagen da nicht mehr zugelassen werden sollen, wo dem Verletzten möglich wäre, im Wege der Beschwerdeführung Abhilfe zu begehren.

2) Der Vollstreckungsbeamte habe den Zuschlag übereilt, da die Tagfahrt der Versteigerung nach §. 229 Pr.Ord. noch nicht abgelaufen gewesen sei. Der Unterrichter hielt dieses Vorbringen für begründet. Seine Entscheidungsgründe hierüber besagen:

„Ueber die Dauer der Versteigerungsverhandlungen „besteht keine spezielle Vorschrift; und es ist daher hier „der §. 229 Pr.Ord. gleichfalls als maßgebend zu be„trachten.“ — — — „Die vorgeschriebene Benachrichti„gung der Unterpfandsgläubiger beruht gerade darauf, „ihm die Wahrung seiner Rechte zu ermöglichen, und „gestattet ihm deßhalb bei unterlassener Benachrichtigung „das Recht des Nachbietens. Dieses Recht steht dem „benachrichtigten Gläubiger nicht zu; durch einen vor „Ablauf der Tagfahrt erfolgenden Zuschlag darf aber „der benachrichtigte, noch rechtzeitig erscheinende Gläubi„ger nicht in schlimmere Lage kommen, als der benach„richtigte, aber ausgebliebene Gläubiger, und es folgt „hieraus als eine unumgängliche Nothwendigkeit, ohne „welche der Zweck des Gesetzes nicht erreicht werden „kann, daß der Zuschlag an den vorigen Bieter nicht „geschehe, wenn vor Ablauf der Tagfahrt noch ein wei„teres Gebot erfolgt.“

Diese hier von dem Unterrichter entwickelte Ansicht war schon einmal geltend gemacht, aber von dem Hofgerichte des Seekreises verworfen worden (Annalen der badischen Gerichte VIII. S. 269); und gewiß mit Recht, denn eine Analogie zwischen den für gerichtliche Parteihandlungen unter Androhung eines Rechtsnachtheils anberaumten Tagfahrten, und der Tagfahrten für dienstliche Handlungen, welche von dem Vollstreckungsbeamten allein vorzunehmen sind, ist sicherlich nicht zulässig. Der angedrohte Rechtsnachtheil kann nicht ausgesprochen werden, wenn nicht eine Partei ungehorsam, und bis zu einem bestimmten Zeitpunkte säumig ist; deßhalb wurde es nothwendig zu bestimmen, in welchem Zeitpunkt eine Tagfahrt für abgelaufen gelte. Bei einer Versteigerungstagfahrt ist es nothwendig, den Zeitpunkt zu bestimmen, wann sie anfängt, damit mit dem Geschäfte begonnen werden kann; mit einem Geschäfte, zu welchem Niemand, und noch weniger Jemand unter Androhung eines Rechtsnachtheils vorgeladen wird, von dessen Vornahme nur die Interessenten in Kenntniß gesetzt werden, damit sie von der bestimmten Stunde an ihre Interessen wahren können. Es darf auch mit Ge-

wißheit angenommen werden, daß der Gesetzgeber bei der ausführlichen Instruktion, welche er in der Verordnung vom 21. November 1851 den Vollstreckungsbeamten ertheilte, wenn er den Ablauf der Versteigerungstagfahrten in dem Sinne des §. 229 Pr.Ord. hätte geregelt, und den Zuschlag jeweils auf eine Stunde später, als der Anfang der Versteigerung angesetzt war, hätte verschoben wissen wollen, dieses ausdrücklich gesagt, und mit der allgemeinen Vorschrift in §. 49: „der Vollstreckungsbeamte muß überhaupt mit strenger Unparteilichkeit verfahren, auch den Zuschlag zu Gunsten eines „oder des andern Bietenden nicht übereilen," sich nicht begnügt haben würde.

3) Der Versteigerungsakt sei wegen gesetzwidriger Protokollirung nichtig.

Dies nahm auch das mittelrheinische Hofgericht an, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

„Der Kläger, welchem ein Unterpfandsrecht zusteht auf das seinem Schuldner L. unter dem 17. Juli v. J. im Zwangswege versteigerte Haus, behauptet gegen den Steigerer die Ungiltigkeit der Steigerung insbesondere auch deßhalb, weil der Vollstreckungsbeamte entgegen der Verordnung vom 2. Juli 1851 §. 10 als Protokollführer den Kommissionär Schreiber zugezogen habe. Der Beklagte hat zwar eingewandt, der Kommissionär Schreiber sei amtlich verpflichtet worden. Da jedoch das Gesetz indem es in §. 1016 Abs. 2 der Pr.Ord. vorschreibt, daß der bei der Zwangsversteigerung liegender Güter von dem Vollstreckungsbeamten zuzuziehende Protokollführer „durch Regierungsverordnung" zu bestimmen sei, eine Ernennung desselben in anderer als der hier bezeichneten allgemein giltigen Weise ausschließt, die zuständige Vollzugsbehörde aber in §. 10 der Verordnung vom 2. Juli 1851, die Aufstellung und Ernennung der Vollstreckungsbeamten betreffend, unter Bezugnahme auf §. 1016 der Pr.Ord. bestimmt hat, daß der Notar zur Protokollführung den Rathschreiber des Orts, einen Gemeinderath oder Waisenrichter beiziehen dürfe, somit die Ernennung einer bestimmten Person durch irgend einen Beamten für einzelne Fälle oder alle in einem Bezirke vorkommenden Fälle nicht als eine zuläßige Bestimmungsart des Protokollführers erwähnt, so kann der gedachte Mangel durch die amtliche Verpflichtung des Protokollführers nicht beseitigt werden. Dieser Mangel selbst aber entzieht dem Versteigerungsakt die Eigenschaft eines öffentlichen Aktes, und damit — da der Steigerer rücksichtlich der Steigerung dem Eigenthümer des versteigerten Gutes gegenüber in keinem Vertragsverhältnisse steht — die Grundlage, ohne welche der Erwerb Seitens des Steigerers nicht als rechtgiltiger bestehen kann."

Der Grund, warum der Gesetzgeber, beziehungsweise die den Vollzug des Gesetzes anordnende Behörde gerade Gemeindebeamte als die Klasse von Personen bezeichnet hat, aus welchen der Vollstreckungsbeamte den Protokollführer zu wählen hat, — wird man diesen Entscheidungsgründen beifügen dürfen — liegt auch offenbar nicht in der Garantie, welche sie kraft ihrer Stellung für die Treue und Richtigkeit des Protokolls bieten, sondern vielmehr in ihrer Kenntniß der Gemeindeverhältnisse, wodurch sie in den Stand gesetzt sind, dem Vollstreckungsbeamten im Interesse des Schuldners und der Gläubiger an die Hand zu gehen. Diese Unterstützung ist aber jetzt um so höher anzuschlagen, je weniger, seitdem die Bürgermeister der Funktion der Hilfsvollstreckung durch die neue Proz. Ord. enthoben sind, der dem Orte der Versteigerung oft ferne wohnende Vollstreckungsbeamte mit den Personal- und Ortsverhältnissen vertraut sein wird.

Ottendorff.

III.

Zur Erläuterung von §. 562 und 563 der Pr.O.

1. Die Vorschrift des §. 563 der Pr.O. kommt auch dann zur Anwendung, wenn das Nichtschwören eine Folge des eigenen Verschuldens derjenigen Partei ist, welche den Eid zu leisten hatte.

Das hofgerichtliche Urtheil J. S. Wittwe Wörter gegen Philipp Schmiederer, war am 30. Januar 1846 erlassen und am 22. Februar 1846 beiden Theilen zugestellt worden. Die Wittwe Wörter meldete dagegen die Oberberufung an, allein dieß Rechtsmittel wurde durch die ihr am 17. Juni 1846 behändigte Verfügung verfallen erklärt, wobei es sein Bewenden behielt. Durch dieß Urtheil war der Wittwe Wörter unter der Bedingung, daß sie zwei zugeschobene und von ihr persönlich angenommene

Eide leiste, die Summe von 200 fl. nebst vieljährigen Zinsen zuerkannt. Die Sache wurde von keiner Seite betrieben, und so starb die Wittwe Wörter im März 1849, ohne jene Eide geleistet zu haben. Erst im Juli 1854 trat ihr Erbe, Caspar Vetter mit dem Antrage vor Gericht auf, diese Eide für geleistet zu erklären und den Beklagten unbedingt zur Zahlung der 200 fl. nebst Zins zu verurtheilen. Der Beklagte aber bestritt dieß, und verlangte, daß der Eid für verweigert erklärt werde, indem er durch mancherlei Behauptungen nachzuweisen suchte, daß das Nichtschwören eine Folge des eigenen Verschuldens der Wittwe Wörter sei. Er stützte dies Begehren darauf, daß die §§. 562. 563 Pr.O. über den Fall des Nichtschwörens wegen Verschuldens der eidespflichtigen Partei keine ausdrückliche Bestimmung enthielten, und daher nach der Rechtsähnlichkeit des §. 562 in einem solchen Falle der Eid als verweigert gelten müsse.

Ohne sich auf die thatsächliche Begründung des angeblichen Verschuldens der Wittwe Wörter einzulassen, erließ der Unterrichter, da eine Verzögerung von Seiten des Beklagten (§. 562) offenbar nicht vorlag, eine Beweisauflage im Sinne des §. 563 Z. 1. Bei der Berufung gegen das spätere Enderkenntniß erhob der Beklagte auf Grund seiner erwähnten Ausführung ausdrücklich Beschwerde gegen diese Beweisauflage, allein das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises erachtete dieselbe für unbegründet. (Urtheil vom 4. November v. J.) Hiefür läßt sich zunächst Folgendes bemerken.

Schon von Weiler, Motive S. 45. 46 sagt, daß bezüglich der Frage über die Folgen der verhinderten Ausschwörung eines Eides nur zwei Fälle zu unterscheiden seien, nämlich der, wo die Gegenpartei die Ausschwörung des Eids verhindert hat, und jener, wo die Verhinderung nicht von der Gegenpartei herrührt, und daß im ersteren, weil die Gegenpartei die Folgen ihres Verschuldens tragen muß, der Eid als geleistet anzusehen sei, daß aber im anderen Falle sich Alles auf reinen Zufall reducire, und beide Parteien in den Stand zurück treten, in welchem sie ohne den nun verloren gegangenen Eid sich befunden haben. In letzterem Falle muß also bei Notheiden nochmals von dem Gerichte über den Eidesvorzug entschieden, und bei zu- oder zurückgeschobenen Eiden muß der Gegenpartei Gelegenheit gegeben werden, ihre früheren Befugnisse, in Bezug auf die Beweisführung wieder geltend zu machen. Dabei ist nun allerdings der von der eidespflichtigen Partei selbst ausgegangenen Verzögerung nicht die ähnliche nachtheilige Folge, wie der Verhinderung von Seiten der Gegenpartei, beigelegt, was mit der Ansicht der Lehrer des gemeinen Civilprozesses (Bayer S. 542 ff. Linde, Lehrbuch, §. 311) einigermaßen im Widerspruch steht, indem diese eine gleiche Behandlung beider Fälle befürworten. Allein es ist dieß dadurch gerechtfertigt, daß der Tod des Eidespflichtigen und die anderen ihm durch das Gesetz gleichgestellten Hinderungsgründe für diesen so sehr die Natur eines Zufalls haben, daß daneben die von ihm ausgegangene Verzögerung alles Gewicht verliert. Trägt dagegen der Eidespflichtige gar keine Schuld an der Verzögerung, sondern ist diese von der Gegenpartei veranlaßt worden, so überwiegt der Gedanke, daß die Gegenpartei die von ihr selbst herbeigeführten, nachtheiligen Folgen der Unmöglichkeit der Eidesleistung tragen müsse. Der öfters angeführte Grund, daß die nicht widerufene Eidesannahme durch den Tod des Acceptanten die Kraft einer Eidesleistung gewinne (mortem loco juris jurandi esse, wie die alten Prozessualisten es ausdrücken) dürfte keine Bedeutung haben, da bei plötzlichen Todesfällen eine derartige Vermuthung nirgends einen Haltpunkt findet, und auf Geisteskrankheiten gar nicht paßt. Könnte man aber auch, und wie mir scheint, nicht ohne Grund, die Richtigkeit jener gesetzlichen Bestimmung bezweifeln, so steht jedenfalls fest, daß das Gesetz (jetzt §. 562. 563) mit der durch Weiler angedeuteten Auslegung übereinstimmt, und daher in dieser Weise angewendet werden muß. Hierüber sagen

die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

Vergleicht man den Inhalt der beiden §§. 562 und 563, und berücksichtigt man noch deren Ueberschrift, (§. 562. „Folgen des Nichtschwörens wegen Verhinderung der Gegenpartei" §. 563. „Folgen des Nichtschwörens aus andern Ursachen") so überzeugt man sich, daß überall, wo nicht eine von der Gegenpartei ausgegangene Verhinderung die Ursache des Unterbleibens der Eidesleistung ist, die Vorschrift des § 563 ohne alle Rücksicht auf anderweitige Verhältnisse zur Anwendung kommen muß. Da nun im vorliegenden Falle die Wittwe Wörter vor Ausschwörung des ihr durch das Urtheil auferlegten Haupteids gestorben ist, und der Beklagte keine Schuld an dem Unterbleiben der Eidesleistung trägt, so hat der Unterrichter mit Recht die weiter gehenden Anträge des Klägers und Beklagten verworfen, und zufolge Pr.O. §. 563 Z. 1 dem Beklagten aufgegeben, über die Ein-

rede der Zahlung, auf welche sich jener Eid bezog, etwaige andere Beweismittel vorzuschlagen.

II. Die Vorschriften der §§. 562. 563 sind auf den Fall zu beschränken, wenn es sich um einen urtheilsmäßigen Eid und eine nach Verkündung des Urtheils eingetretene Unmöglichkeit der Eidesleistung handelt.

Die Nothdeide können nur durch richterliche Urtheile auferlegt werden, so daß hinsichtlich ihrer selbstverständlich die Urtheilsmäßigkeit stets vorhanden ist.

Bei zu- oder zurückgeschobenen Eiden kommt es aber vor, daß in der Zwischenzeit von der Annahme bis zur Verkündung des Urtheils der Delat oder Relat stirbt oder in Folge einer der im Gesetze bezeichneten Zustände unfähig zur Eidesleistung wird. Alsdann darf man aber nicht unsere beide Paragraphen anwenden, denn, obwohl darin nicht ausdrücklich gesagt ist, daß sie nur für urtheilsmäßige Eide gelten, so muß man dieß dennoch annehmen. Hiefür spricht zunächst die Stellung dieser Paragraphen, da von §. 552 an das Gesetz über die Abnahme der Eide nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils handelt.

Auch werden Nothdeide und Haupteide in den §§. 562 563 so neben einander gestellt, und wird von deren Leistung in solcher Weise gesprochen, daß offenbar das Vorhandensein eines auf Eid erkennenden Urtheils vorausgesetzt ist, dieß bestätigt Weiser, Motive S. 45, indem er anführt, daß diese Gesetzesstellen für den Fall der verhinderten Ausschwörung eines „erkannten“ Eids Fürsorge treffen.

Wird vor Verkündung des Urtheils die Benützung des Haupteids unthunlich, so entscheidet die in §. 372 Pr.O. gegebene allgemeine Bestimmung über die Folgen des Verlusts eines Beweismittels. Sollte aber der Richter aus Unkenntniß der bereits vorhandenen Unmöglichkeit der Eidesleistung auf Eid erkennen und dieß Urtheil verkünden, so darf sich die Partei keines Falls auf die Vorschrift des §. 562, und zunächst auch nicht auf jene des §. 563 berufen, wie sich eines Theils aus dem eben Erörterten und sodann daraus ergibt, daß die Fassung dieser Paragraphen in den Worten „seither, nicht mehr“ eine solche Anwendung derselben ausschließt. Ein solches Urtheil enthielte die Bedingung einer unmöglichen Sache, und wäre daher als nichtig zu betrachten. — Pr.O. §. 339. L.R.S. 1172. — Allein auch ein solches Urtheil kann gemäß Pr.O. §. 1121 nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel abgeändert werden, und sollte nun seine Beseitigung unmöglich sein, dann freilich müßte durch analoge Anwendung des §. 563 geholfen werden.

Vrgl. Annalen XIII. S. 368.

III. Ist die Annahme des Eids nicht von der Partei persönlich oder durch einen hiezu besonders bevollmächtigten Gewalthaber geschehen, so findet nicht §. 562, sondern nur §. 563 Anwendung.

Bekanntlich ist die Bestimmung der alten Prozeßordnung §. 142 Z. 5 über die Nothwendigkeit von Spezialvollmachten zur Annahme rc. rc. eines Eids in die neue Prozeßordnung §. 138 nicht aufgenommen worden, und daraus hat man folgern wollen, daß es ein Redaktionsversehen sei, wenn in §. 562 noch eine Spezialvollmacht gefordert werde, indem man nämlich den früheren §. 607 ohne weitere Prüfung unverändert aufgenommen habe. Dies ist jedoch ein Irrthum, denn man konnte füglich die Spezialvollmacht zur Eidesannahme im Allgemeinen als überflüssig erachten, hatte aber guten Grund, sie für den Fall des §. 562 als nothwendig beizubehalten, da hier eine so große und so ausnahmsweise Begünstigung eingeräumt wird, daß es gewiß gerechtfertigt ist, wenn verlangt wird, die Partei müsse ihre Bereitwilligkeit zur Leistung des Eids auf unzweideutige Weise zu erkennen gegeben haben. Um einen Eid als geleistet annehmen zu dürfen, muß vor Allem über die Absicht, den Eid zu leisten, volle Gewißheit vorliegen, und hierzu bedarf es, wenn die Partei nicht persönlich sich erklärt, der Ertheilung einer Sondervollmacht an den Gewalthaber. Gewähren doch selbst diese Vorsichtsmaßregeln eigentlich nicht ganz jene wünschenswerthe volle Gewißheit, da nicht selten ungeachtet der persönlich oder durch einen besonders Bevollmächtigten geschehenen Eidesannahme die wirkliche Leistung des Eids verweigert wird. Ueberdieß ist die im §. 607 (jetzt 562) geforderte Sondervollmacht nicht einmal identisch mit jener des früheren §. 142 Z. 5, sondern es ist in §. 607 etwas Weiteres vorgeschrieben, nämlich das Erbieten zur Leistung des Eides; auch sind dort die Nothdeide den Haupteiden gleichgestellt, obwohl es an und für sich

der Annahme von Rotheiden nicht bedurfte, wie eine solche auch jetzt an und für sich nicht erforderlich ist. Dennoch muß §. 562 seinem Wortlaute nach angewendet werden; fehlt eines seiner Erfordernisse, sei es das Erbieten zur Eidesleistung, oder die Verhinderung von Seiten der Gegenpartei, so sind die Bestimmungen des §. 563 maßgebend. *)

Dies hat das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises anerkannt bei seinem Erkenntniß vom 12. Januar l. J. J. S. mehrerer Gläubiger gegen Buchmüller, Forderung und Vorzug betreffend.

Dr. Puchelt.

IV.

Steht dem durch ein Erblehen zu einer Jagd oder Fischerei Berechtigten eine Klage auf Entschädigung zu, wenn die Gemeinde, in deren Gemarkung sich die Jagd oder Fischerei befindet, dieselbe in Folge des Gesetzes vom 10. April 1848 versteigert hat?

F. Schuler von Rothenfels war durch Erblehenbrief vom Jahr 1777 zur ausschließlichen Fischerei „mit Böt und Angel" in der Murg, wo solche die Gemarkung Rothenfels durchfließt, für berechtigt erklärt worden, und seine Rechtsnachfolger hatten bisher diese Berechtigung ausgeübt. Als nun das Gesetz vom 10. April 1848 (Reg. Bl. No. XXIII.) §. 6 Zf. 7 „sämmtliche Jagd- und Fischereirechte" aufhob, so verpachtete die Gemeinde Rothenfels, wie sie behauptete, durch höhere Gewalt, nämlich durch einen amtlichen Erlaß (man vergl. §. 6 der Verordnung vom 9. November 1848 V.B. No. 11) hiezu veranlaßt, die Fischerei in der Murg.

Einige Jahre darauf, nachdem das Gesetz vom 29. März 1852 (Regierungs-Blatt No. XX.) erschienen war, belangte Schuler die Gemeinde Rothenfels, darauf gestützt, daß diese Gemeinde, welche seine auf privatrechtlichem Titel beruhende Berechtigung wohl gekannt, und gleichwohl solche verpachtet habe, auf Entschädigung. Es entstand nunmehr die Frage, ob Schuler auf den Grund des zuletzt erwähnten Gesetzes entschädigungsberechtigt sei. Dasselbe sagt nämlich in §. 1: „Die als Erblehen verliehenen Fischereirechte bleiben *) aufrechterhalten." Die übrigen Fischereirechte sollen dem Staate, den Eigenthümern der betreffenden Gewässer, oder dem Eigenthümer der Gemarkung, welche von dem Fischwasser durchströmt wird, zustehen. In §. 6 heißt es nun ferner: Die vormals Fischereiberechtigten werden von den nach §. 1 dieses Gesetzes fortan zum Genusse Berechtigten für das an sie übergehende Fischereirecht entschädigt." Aus diesem letzteren Paragraphen argumentirte man nun, daß Jene, deren Fischereirechte aufrecht erhalten bleiben sollten, doch nicht in einer schlechteren Lage sich befinden könnten, als die, deren vormals bestehendes Recht zur Fischerei selbst nach dem Gesetze vom Jahr 1852 aufgehoben bleiben sollte.

Der Unterrichter wies die Klage ab. Dieses Erkenntniß wurde von dem mittelrheinischen Hofgerichte bestätigt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Kläger hatte sein Recht in der Murg an den in der Klage bezeichneten Stellen zu fischen, durch das Gesetz vom 10. April 1848 verloren, denn durch Art. 1 Z. 7 dieses Gesetzes wurden „sämmtliche Jagd- und Fischereirechte" sofort aufgehoben. Hiedurch haben zwar die Eigenthümer von Liegenschaften und Gewässern, wo sich Wild und Fische befanden, das Recht erworben, selbst sich dieses Wildes und der Fische zu bemächtigen. Allein ein Eigenthum an den sich dort aufhaltenden wilden Thieren hat dieses Gesetz dem Eigenthümer des Grund und Bodens oder des Wassers nicht verliehen. Denn wilde Thiere sind nicht eine Zugehörde dieser Güter. L.R.S. 551. 552 und ff. Nur wo solche Thiere in eigens für sie bestimmte Behältern verwahrt werden, gelten sie als Eigenthum dessen, dem der Behälter gehört, und der Satz 564 bestimmt selbst bei Tauben, Kaninchen und Fischen ausdrücklich, daß sie, wenn sie den Verwahrungsort verlassen, aufhören Eigenthum desjenigen zu sein, dem das Taubenhaus, das Kaninchengehege, oder der Fischteich gehört.

Wilde Thiere im Freien sind herrenlos, und in Niemands gesondertem Eigenthum, selbst nicht des Staates,

*) Unter Umständen wird man jedoch eine gewisse Milde eintreten lassen dürfen, wie dies in der, Annalen XX. S. 174, mitgetheilten Entscheidung des großh. Hofgerichts des Seekreises geschehen ist.

*) Diesem Ausdrucke gemäß sollte man schließen, der Gesetzgeber nehme an, daß diese Fischereirechte gar nie erloschen gewesen seien. D. E.

dem sonst nach L.R.S. 539 herrenlose Güter gehören, so lange nicht er, oder Jemand statt seiner von ihnen Besitz ergreift.

fr. 5 §. 1, fr. 55 Dig. de acquirendo rerum dominio XLI. 1.

§. 13 Inst de rerum divisione II. 1.

Sie gehören dem, der sich ihrer bemächtigt, wenn damit keine Berechtigung (Regale) verletzt ist. War nun durch das Gesetz v. 10. April 1848 das ausschließliche Recht des Klägers in der Murg zu fischen, als ein besonderes Fischereirecht erloschen, so war damit das Eigenthum der darin befindlichen Fische nicht auf den Eigenthümer der Murg, welche als ein floßbarer Fluß nach L.R.S. 538 dem Staate gehört, übergegangen, wenn er gleich insofern, als nun kein fremdes Fischereirecht mehr bestand, nicht mehr beschränkt war, die Fische selbst zu fangen, beziehungsweise fangen zu lassen. Es konnte aber, da das Fischereirecht als solches erloschen war, Andere vom Fischen nicht abhalten, denn er konnte ihnen das Betreten des Flusses nicht ebenso verwehren, wie z. B. der Eigenthümer eines Grundstückes dem fremden Jäger das Betreten des Grundstücks, indem der Fluß nicht wie ein Grundstück Privateigenthum des Staats, sondern öffentliches (d. h. zum öffentlichen Gebrauch bestimmtes) Eigenthum desselben ist. Wäre auch ein Dritter (hier die Gemeinde) ohnerachtet der Aufhebung der Fischereirechte nicht befugt gewesen, im Flusse zu fischen, so wäre dem Staate, der dieses duldete, gleichwohl kein Recht auf Entschädigung erwachsen, welches er selbst geltend machen, oder auf einen Andern (den Kläger) übertragen könnte. Denn jede Entschädigung setzt einen Schaden voraus. Was man aber nicht in seinem Eigenthume hat, kann man nicht verlieren, und wenn ein Anderer das erwirbt, was man selbst hätte erwerben können, aber nicht wirklich erworben hat, theils weil man von seinem Rechte, den Andern davon abzuhalten, keinen Gebrauch gemacht, theils seine eigene Thätigkeit den Erwerb zu machen, nicht angestrengt hat, so erleidet man dadurch keinen Schaden. Die Gemeinde Rothenfels hat daher durch ihre unbefugte Verpachtung des Fischereirechts in der Murg weder den Kläger, noch den Staat beschädigt. — —

Aus diesen Gründen u. s. w.

Ottendorff.

V.

Das Vorhandensein früherer gerichtlicher Bestrafungen wegen Diebstahls schließt die Anwendung des §. 397 St.G.B. nicht aus.

Bei der Berathung des am 13. Jänner l. J. ergangenen Urtheils J. U. S. gegen Konrad Oehl von Kirnbach, wegen Diebstahls, wurde die Frage besprochen, ob, wenn man im vorliegenden Falle eine Entwendung von Eßwaaren im Sinne von §. 397 St.G.B. annehme, die mildere Bestimmung dieser Gesetzesstelle dadurch ausgeschlossen werde, daß der Angeschuldigte bereits wegen dritten gemeinen Diebstahls bestraft worden sei? Dieselbe wurde jedoch verneint. §. 397 enthält nämlich nicht, wie §. 477, eine solche Vorschrift über die Wirkung früherer gerichtlicher Bestrafungen; es ist sogar der dritten Entwendung von Eßwaaren und Getränken nicht gleich dem dritten Feldfrevel (§. 398) gerichtliche Strafe angedroht. Der Grund des §. 477 liegt darin, daß nicht jeder kleinen, mehr aus Uebereilung als Gewinnsucht begangenen Entwendung wegen Jemand zum Dieb gestempelt wird, und dieser fällt hinweg, wenn der Thäter bereits als Dieb verurtheilt ist; anders verhält es sich mit den Entwendungen von Eßwaaren und Getränken, welche wegen ihres Characters als Naschereien nicht als Diebstahl gelten, und diesen Character auch bei einem bereits bestraften Diebe behalten. (Vergl. Thilo, Bemerkung zu §. 397 und 470.) Man würde daher durch rechtsähnliche Anwendung des §. 477 auf solche Naschereien eine That mit gerichtlicher Strafe belegen, ohne daß diese Strafe angedroht ist, und damit die Bestimmung des §. 1 St.G.B. verletzen.

Aus den gleichen Gründen scheint es mir, daß das Zusammentreffen mehrerer Entwendungen von Eßwaaren und Getränken im Gesammtbetrage von mehr als einem Gulden gleichfalls nicht berechtigt, die Diebstahlsstrafe zu erkennen. §. 399. 477 St.G.B.

Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 8. Mannheim, 17. Februar 1855.

I.

Bewirken Urtheile auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten, ohne daß eine Rechtsverletzung bereits statt hatte, ein richterliches Unterpfand?

Pr.O. §. 278, 330. L.R.S. 2123.

Durch die Einführung der §§. 278 und 330 in unsere Pr.O. wurde jedem Gläubiger das Recht eingeräumt, auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten zu klagen, auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung:

- wenn entweder der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, oder
- wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat.

Die Verurtheilung des Beklagten erfolgt, wenn dessen Verbindlichkeit rechtlich gewiß und nur das Verfallziel noch nicht erschienen ist, unter Bestimmung der Zeit der Leistung nach Maaßgabe des Verfallsziels.

Der Commissionsbericht befürwortete die Einführung mit den Worten: neben der totalen Rechtsverletzung gibt es eine partielle, von welcher im §. 278 Pr.O. die Rede ist. Es kann nämlich zur Zeit von dem Verpflichteten nur ein Ausfluß eines Rechtsverhältnisses thätlich angegriffen sein, aber in einer Weise, daß damit der Bestand des Ganzen in Frage gestellt ist, wenn z. B. bei wiederkehrenden Leistungen nur eine fällige verweigert, aber auch das Bezugsrecht für die noch nicht fälligen beabredet wird, oder ein bestehendes Rechtsverhältniß, welches, wie die Miethe, auf einen Zeitraum berechnet ist, in Bezug auf die Dauer streitig wird und ein Theil richterliche Entscheidung wünschen muß, um einen rechtlichen Vortheil zu erlangen, oder einen Nachtheil abzuwenden. Für solche Fälle läßt der Artikel eine Klage zu, auf Verurtheilung zur Anerkennung, nicht auf alsbaldige Leistung.

Mit diesem Artikel, welcher im 11. Titel der Pr.O. steht, der von der Klage und der richterlichen Verfügung auf dieselbe handelt, mußte ein correspondirender im 17. Titel, wo vom Urtheil und der Rechtskraft gehandelt wird, erscheinen, es ist der §. 330 Abs. 2 Pr.O.

Das Gesetz will nun, daß jedes Urtheil ein Unterpfandsrecht bewirke, damit dasselbe mit einer starken Garantie umgeben, sein Vollzug möglichst gesichert werde, L.R.S. 2123. Dieser Satz setzt jedoch überall voraus, nicht nur, daß die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung rechtlich gewiß ist, ohne daß gerade die Größe der Schuld in Zahlen ausgedrückt sein muß, was für ein nachfolgendes Liquidationsverfahren vorbehalten bleiben kann *), sondern auch, daß die Schuld verfallen ist **).

Da nun jeder Gläubiger redlichen Vollzug der gegen ihn eingegangenen Verbindlichkeiten fordern kann, und dafür, daß es geschieht, der Schuldner Jedem mit seinem ganzen Vermögen haftet, L.R.S. 1134. 2059. 2092, da also bei der Concurrenz mehrerer Gläubiger die Gleichberechtigung Aller als das Natürlichste und Gerechteste erscheint L.R.S. 2093, und diese Rechtsregel nur

*) L.R.S. 1126, 1142. Annalen 1853 S. 308. Oberhofg. Jahrb. 1849 S. 412.

**) Hierher gehören die Fälle der röm. plus petitio tempore §. 33 J. 4. 6, die Abweisungen zur Zeit nach der alten Pr.O. weil der Verfalltag noch nicht erschienen war, während diese Abweisung jetzt noch vorkommt, wenn die Klage ihrer Natur nach subsidiär, und die in erster Reihe stehende Klage nicht erhoben, oder eine präjudicielle vorher zu entscheiden ist.

dann eine Abänderung erleiden soll, wenn rechtmäßige Ursachen, nämlich ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht, nachgewiesen werden kann, L.R.S. 2093 und 2094 so sind wohl alle angeblichen Vorrechte der Gläubiger als Ausnahmen von der Regel streng auszulegen *).

Darnach dürfte z. B. bei der Streitfrage, ob ein condemnatorisches Urtheil im Rechnungsprozesse Unterpfand zu bewirken im Stande sei, dies wohl deßhalb verneint werden, weil es durchaus nicht gewiß ist, ob der Beklagte oder gar der Kläger eine Geldleistung am Schlusse zu machen hat, also nicht einmal im Allgemeinen eine Zahlungsverbindlichkeit ausgesprochen ist, weil ohne eine Schuld das Unterpfand als Accessorium nicht denkbar, und im Zweifel gegen ein Vorrecht und zudem für die Freiheit der Liegenschaften von einer Belastung zu entscheiden ist. **)

Aehnliches findet man wohl in unserem zur Frage gebrachten Falle, insofern nämlich, als zwar die Klage auf nicht verfallene Verbindlichkeiten als zulässig erklärt, dadurch aber in keiner Weise an der Bestimmung des L.R.S. 2123 etwas geändert erscheint, wornach nur dann ein Urtheil Unterpfandsrecht bewirken kann, wenn eine Schuld wirklich vorhanden und auch bereits verfallen ist. Aus dem L.R.S. 1188, H.R.S. 215 und dem ältern Prozeß-Ges. §. 835, jetzt 799, ersehen wir, daß nur ausnahmsweise eine nicht verfallene Schuld eingeklagt werden konnte, wenn nämlich der Schuldner in Gant gerieth, oder die Sicherheit des Gläubigers verminderte, oder wenn die zugesagte Sicherheit nicht geleistet wurde. Schon aus diesen Ausnahmsbestimmungen geht aber klar hervor, daß man in der Regel eine Schuld als nicht klagbar betrachtete, so lange sie nicht verfallen und am Verfalltage nicht bezahlt wurde, solange also nicht eine (totale) Rechtsverletzung eingetreten war ***). Für handschriftliche Schulden, welche zufolge des Gantausbruchs auch ohne eingetretenes Verfallziel klagbar werden, kann nach §. 794 Pr.O, L.R.S. 2146, H.R.S. 211, 212 ein gerichtliches Unterpfand nicht mehr erwirkt werden, und wie bei solchen, wenn es sich um wiederkehrende, fortdauernde Leistung handelt, bei der Concurrenz mehrerer Gläubiger im Falle des Gantausbruchs es zu halten ist, erklärt der §. 873 und 874 der Pr.O. Handelt es sich um eine einmalige Leistung, so unterliegt die Sache keiner Schwierigkeit. §. 868 und 867 Pr.O. Stempf Gant §. 48, 35, 5. B.

Sind die jährlichen oder lebtäglichen Genüsse der Pfründen oder Renten durch hinreichendes Unterpfand gedeckt, so finden wir die zu nehmenden Maßregeln zur Sicherung in den §§. 869 rc. Pr.O. vorgezeichnet. Hier ist aber überall vom vertragsmäßigen Unterpfande die Sprache, dessen Bestand und Rechtmäßigkeit keinem Zweifel unterliegt *).

Ein Unterpfandsrecht kraft eines Urtheils, welches die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten enthält, ehe der Verfalltag und die Nichtleistung und hiermit die Rechtsverletzung wirklich eingetreten, scheint dem Einsender nicht statthaft zu sein, er glaubt vielmehr, daß für jede einzelne Leistung, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, besonderer Eintrag erwirkt werden muß, wobei wohl kein Unterschied zu machen ist, ob der Schuldner in die Klage einwilligte, oder ob der Gläubiger ohne diese Zustimmung durch den Nachweis eines rechtlichen Interesse ein condemnatorisches Urtheil erwirkte.

Es ist nämlich die Bestimmung des L.R.S. 2115, daß ein Unterpfand nur in den gesetzlich bestimmten Fällen besteht, im öffentlichen Interesse erlassen, und kann also daran der Privatwille nichts ändern. L.R.S. 6. Hätte also auch der Schuldner die Absicht gehabt, dem Gläubiger durch richterliches Unterpfand eine Sicherheit durch einmaligen Eintrag des Urtheils auf Anerkennung zu gewähren, so hätten beide ein Mittel gewählt, dessen Zweck nur durch vertragsmäßiges Unterpfand erreicht werden konnte. L.R.S. 1 b.

Es sagt zwar der Art. 2123 des Code Nap.:

L'hypothèque judiciaire resulte de reconnaissances

*) Welche Bedenken gegen das richterliche Unterpfandsrecht überhaupt bei der Einführung des Code Napol. als Landrecht sich geltend machten, und seitdem in Frankreich und Baden oft sich erhoben, ist hier nur insofern zu berühren, als daraus hervorgeht, wie die Einschränkung dieses Pfandrechts allgemein wünschenswerth erscheint. S. hierüber Brauer Erl. Bd. IV. S. 178, Magazin für bad. Rechtspflege, Zentners Beitrag zur Hypothecarenform 1854 S. 254 rc. 267, Annalen 1853 S. 131. 306. 408 u. s. w.

**) Toullier Code civil t. VII. Art. 2123.

***) S. hiezu Brauers Erl. Bd. III. S. 141, Marcadé Art. 1188 III., Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII. S. 17, woselbst auch die Streitfrage behandelt wird, wenn Verminderung der Sicherheit Klagbarkeit erzeugt, ob die Garantie durch eigene Handlungen des Schuldners gemindert sein muß, oder ob eine Verminderung durch Zufall, z. B. Untergang eines Unterpfands genügt, und siehe ferner die L. R.S. 1912. 1913. 2020. 2131: eadem ratio, idem jus.

*) Stempf Gantrecht §. 35, Mayer Gantrecht pag. 60.

ou vérifications faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé, und hiernach hatte der Gläubiger allerdings die Befugniß, ein richterliches Unterpfand auf blose gerichtliche Anerkennung von Privaturkunden zu erwirken.

Bald nach der Einführung des Code civ. hat man aber in Frankreich erkannt, daß in dieser Bestimmung, schon dem Schuldner gegenüber, eine große Härte liege.

Der Credit eines Mannes, dessen Güter mit Unterpfändern belastet sind, leidet immer mehr oder weniger; er ist in der freien Verfügungsgewalt über sein Eigenthum in manchen Beziehungen beschränkt. Unterschreibt ein Schuldner eine Privaturkunde, so denkt er nicht daran, seine Güter mit Unterpfand zu belasten, er weiß nur, daß dieß in dem Falle eintreten kann, wenn er zur Verfallzeit die eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllt. Der Gläubiger hat mehr nicht gewollt, sonst hätte er eine jener Garantieen gefordert, zu denen das Landrecht ihn befugt erklärt: Bürgschaft, Nutz- oder Faustpfand, oder vertragsmäßiges Unterpfand. L.R.S. 1108 a. b.

Es erschien auch schon am 3. September 1807 folgendes Gesetz:

> Lorsqu'il aura été rendu un jugemant sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation, aprés son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.

Als nun der Code civil im Jahr 1810 in Baden eingeführt wurde, beschränkte der badische Gesetzgeber, einerseits wohl im Hinblick auf die in Frankreich gemachte Erfahrung, anderseits weil man dieß Rechtsinstitut möglichst einengen wollte (s. Brauers Erl. Bd. IV. zu S. 2123), das richterliche Unterpfand noch mehr, indem er erklärte: „Die vor Gericht erfolgte Anerkennung oder Bestätigung der Unterschriften einer klagbaren Privaturkunde bewirkt ein solches Unterpfandsrecht nur dann . . . *) wenn die damit bezeugte Schuld **verfallen**, **eingeklagt** und ohne Gegenrede eingestanden, mithin Urtheils nicht weiter bedürftig ist.

Da jedoch in Baden der Satz confessus in jura pro judicato habetur, welcher auf eigenthümlichen römischen Prozeßeinrichtungen beruhte, nicht anwendbar scheint, die Anerkennung oder Abläugnung einer Privaturkunde nur incidenter *) bei der Klage über das Recht selbst erfolgt, so kann die blose Anerkennung ein Unterpfandsrecht nicht bewirken. **)

Wenn nun auch unsere §§. 278 und 330 Pr.O. nicht von der Anerkennung von Urkunden handeln, sondern vom Rechtsverhältniß selbst und den daraus fließenden Rechten und Verbindlichkeiten, so ist nicht zu zweifeln, daß nicht nur das Begehren um Urtheilsvollstreckung erst nach dem Verfalltage begründet erscheint, sondern auch, daß für jede verfallene, einzelne nicht erfüllte Verbindlichkeit besonderer Pfandeintrag erwirkt werden muß, wenn das vom Gesetz an die richterlichen Unterpfänder geknüpfte Vorrecht vor andern Gläubigern erzielt werden soll.

Gageur.

II.

1) Ist der Richter befugt, aus den Parteivorträgen das rechtliche Klagfundament selbst aufzusuchen, ohne Rücksicht auf die entwickelten Rechtsansichten der Parteien.
2) Ueber die Beweiskraft von Privaturkunden ohne Datum.
3) Vom Unterschied zwischen Schenkungen und Schulderlassungen.
4) Ueber die condictio indebiti.

(Annalen 1853 No. 27 und 52.)

Im Laufe des Jahres 1853 starb R. ohne Hinterlassung von Pflichterben und vermachte durch letzten Willen

---

*) Ueber die ausgelassenen Worte, welche einer Erwähnung hier nicht bedürfen, s. Brauers Erl. Bd. VI. S. 781 und Oberhofg. Jahrb. n. F. II. S. 119.

*) Wir ersehen auch aus L.R.S. 1324 in Verbindung mit §. 195 Code de proc., daß in Frankreich ein Urtheil über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Hand- oder Unterschrift, welche abgeleugnet wurde, begehrt werden kann, ohne daß vom Rechte selbst die Sprache ist, und es erhob sich darüber eine Streitfrage, ob der Richter, wenn der Gläubiger an ihn das Begehren stellt, über das Recht selbst zu erkennen, diesem Begehren entsprechen darf, ehe der Verfalltag erschienen? Mascadé zu 1188 III. Toullier VI. 664 bejahen die Frage für den Fall aus dem nachgewiesenen Verhalten des Schuldners Unredlichkeit sich ergibt rc. jedoch mit dem Anfügen, daß die Urtheilsvollstreckung erst nach Ablauf des Termins, wenn der Schuldner dann nicht zahlte, eintreten darf.

**) S. Stabel Pfandrecht pag. 14, v. Reichlin Pfandrecht Note zu 2123, Stempf Gantrecht 1. Ausgabe pag. 147 N. 1, woselbst die Abhandlungen pro et contra aufgeführt sind, Oberhofg. Jahrb. n. F. VIII. S. 24 rc.

sein gesammtes Vermögen von 68,000 fl. dem Spitalfonde zu B. Die Stiftung wurde genehmigt und die richterliche Einweisung in Besitz und Gewähr erfolgte.

Unter dem Nachlasse befand sich eine Pfand- und Schuldurkunde vom 4. Juli 1851, wornach Verwandte des Erblassers von diesem, nämlich die Eheleute Z. am 16. Juni 1851 ein Darleihen von 900 fl. verzinslich zu 5 pCt. vom besagten Tage unter sammtverbindlicher Haftbarkeit erhalten, und dafür das der schuldnerschen Ehefrau eigenthümlich gehörige Wohnhaus mit dazu gehörigen 2 Mannshaut Garten verpfändet haben.

Im Jahr 1852 war der schuldnerische Ehemann Z. in Gant gerathen, der damals noch lebende R. liquidirte am 20. August 1852 sein Guthaben, mit Anspruch auf Befriedigung von der Ehefrau, welche in der Pfandurkunde zu Gunsten des R. auf ihre eheweiblichen Vorrechte verzichtet hatte, und da R. inzwischen starb, wurde die ganze Forderung dem Universalvermächtnißnehmer zugewiesen.

Es zeigte sich nun, daß R. auf die fragliche Schuld- und Pfandurkunde, welche stets in seinem Besitze geblieben war, mit eigener Hand anerkanntermaßen folgende Worte geschrieben hatte:

„Das Kapital von 900 fl. — Neunhundert Gulden — soll nach meinem Ableben der Schuldnerin Z. und ihren Kindern als Eigenthum verbleiben, jedoch unter der Bedingung, mir solches alljährlich mit 5 vom Hundert zu verzinsen. R."

Diese Aufschrift veranlaßte nun die Ehefrau Z. durch einen Anwalt bei dem zuständigen Gerichte eine Klage erheben zu lassen, welche folgendes Begehren enthielt:

Der Richter wolle erkennen:

Der beklagte Fond sei in Vollziehung des letzten Willens des verlebten R. schuldig, denjenigen Betrag, welchen er für Rechnung der auf Schuld- und Pfandurkunde vom 4. Juli 1851 ausstehenden Forderung mit 900 fl. nebst Zinsen vom Todestage des R. aus der Gantmasse des Ehemanns Z. als Zahlung zugewiesen erhielt, binnen kurzer Frist bei Vermeidung des Gerichtszugriffs an die Klägerin zu bezahlen, oder aber der Klägerin die durch den Vertheilungsbescheid und die Gantverweisung bezüglich dieser Forderung ihm zugewiesenen Forderungsrechte abzutreten, und die Kosten zu tragen.

Der Anwalt der Klägerin motivirte seine Klage nach Erzählung des erwähnten Sachverhalts besonders dahin:

„In dem Nachtrage zum Testamente des R. vom Jahr 1848, ist hinsichtlich der Verwandten des Erblassers zu No. 4 des Testaments wörtlich bestimmt: „„sie mögen wohl zu frieden sein mit dem ihnen bestimmten Antheil an meinem Vermögen, nebst dem ihnen schon gegebenen, da ich von ihnen niemals etwas erhalten noch etwas verlangt habe. Sie erhalten nicht nur meine und meiner verstorbenen Schwester sämmtliches von unsern Eltern ererbtes Eigenthum nebst deren Ersparnissen und verdienten Liedlohn, sondern von meinem ersparten Vermögen noch weit mehr."" Aus dieser Bestimmung tritt nun klar hervor, fährt der Anwalt fort, daß der Erblasser wollte, es sollen seine Verwandte nicht nur das ihnen speziell Vermachte erhalten, sondern auch das von ihm Empfangene behalten.

Diese testamentarische Bestimmung ist zwar vor der Entstehung der hier in Frage stehenden Schuld von 900 fl. und Zinsen geschrieben worden, allein ihre Wirksamkeit beginnt erst mit dem Todestage des R. und so ist sie offenbar auch zu Gunsten der Z. und in dem Sinne auszulegen, daß diese Z. nicht schuldig ist, die mit ihrem Ehemanne bei dem Erblasser contrahirte Schuld herauszubezahlen u. s. w. Niemand kann also zweifeln, daß R. seinen Verwandten Z. und ihren Kindern dasjenige vermachte, was sie ihm schuldig war, es liegt ein Vermächtniß vor, das im röm. Recht mit dem Namen legatum liberationis bezeichnet wurde u. s. w."

Von dem beklagten Fond wurde die Richtigkeit aller vorgebrachten Thatsachen zugegeben, jedoch um Abweisung der Klägerin gebeten

1) weil das Klagbegehren offenbar darauf sich stütze, daß die Aufschrift auf der Schuld- und Pfandurkunde eine letztwillige Verfügung enthalte; eine solche kann aber nicht zu Recht bestehen, wenn, wie hier, Ort Tag und Jahr nicht beigefügt ist, L.R.S. 970. 1001,
2) weil die fragliche Verfügung des R. unverkennbar eine Schenkung unter Lebenden enthalte, der jedoch alle Wesentlichkeiten wie Annahme und öffentliche Urkunde mangeln, L.R.S. 931, 932, 1001;
3) endlich weil der Erblasser durch die Einklagung seines Guthabens bei der ausgebrochenen Gant des Z. mit vorzüglicher Befriedigung vor der jetzt klagenden Ehefrau klar an den Tag legte, daß er

eine etwa beabsichtigte freigebige Verfügung zu Gunsten der Klägerin und ihrer Kinder zurücknehme.

Der Richter glaubte, nachdem in dieser Weise die Verhandlungen geschlossen und die bezüglichen Urkunden alle produzirt waren, dem Klagbegehren entsprechen zu müssen. Die Motive sind folgende:

Zunächst war zu erörtern, ob in der Aufschrift des R. auf der Pfand- und Schuldurkunde ein Vermächtniß liege, wie der Kläger behauptet, oder eine Schenkung. In beiden Fällen mußte nach den L.R.S. 931. 960. 961. 962. 967. 970. 1001 eine Abweisung der Klage erfolgen. Keines von beiden ist anzunehmen. R. konnte eine Verfügung nicht treffen wollen, die nach bestehenden Gesetzen, eine Wirkung nicht zu äußern vermöchte. L.R.S. 1157. 1100da. *) Er kannte die Gesetze. L.R.S. 1 b.

Nach seinen Worten ist auch gar nicht zu zweifeln, daß er jenes Rechtsgeschäft der sammtverbindlichen Klägerin gegenüber beabsichtigte, welches unser Landrecht in den Sätzen 1282 rc. als Erlaß der Schulden abhandelt. Nach S. 1285 ist aber auch dem sammtschuldnerschen Ehemann und Cridar Z. gegenüber die Schuld erlassen, und da diese Wirkung erst mit dem Todestage des R. eintreten sollte, so durfte der Universalvermächtnißnehmer nach diesem die eingeklagten 900 fl. und Zinsen sich nicht mehr zuweisen lassen, ohne daß er sich etwas zahlen ließ, was er nicht mehr zu fordern hatte.

Genügt nun die vorliegende Urkunde ohne Ort, Jahr und Tag die Schuldenerlassung zu beweisen?

Während die L.R.S. 1322—28 von Privaturkunden handeln, welche Datum und Unterschrift haben, ist in den Sätzen 1329—32 von solchen die Sprache, welche ohne jene Förmlichkeiten Wirkung erzeugen, wenn nur ihr Inhalt klar ist. So beweisen nach L.R.S. 1331 die Hauspapiere gegen deren Schreiber, rücksichtlich aller seiner Forderungen und für den Schuldner, wenn auch ein Datum nicht beigefügt ist.

Wenn nun R. die Hingabe von 900 fl. als Darleihen öffentlich beurkunden, und sein Recht durch die möglichsten Garantien wie hier wahren läßt, und sodann die bezeichneten Worte auf die Schuld- und Pfandurkunde schreibt, so ist nicht zu bezweifeln, daß er auf seinen Todesfall die Klägerin und ihre Kinder als fortwährende Besitzer der hingegebenen Summe und der Rückerstattungspflicht entbunden betrachtet wissen wollte. Nur die üblichen Zinsen wünschte er für seine Lebensdauer zu genießen. Diese Absicht ist um so weniger zu bezweifeln, als er sie gerade auf der Schuldurkunde selbst kund gibt. L.R.S. 1356 in Verbindung mit 1332.

Der Erlaß einer Schuld, oder der Verzicht auf eine Forderung enthält nun allerdings eine Freigebigkeit, allein sie ist unverkennbar nicht an die Formen einer Schenkung gebunden, denn der Gesetzgeber unterschied genau zwischen Schuldenerlassung und Schenkung (Absch. III. des V. Kap. III. Tit. III. Buch, und dagegen III. Buch II. Tit. IV. Kap.) und hat nur letzteres Rechtsgeschäft an strengere Formen gebunden, L.R.S. 931 Abs. 1, während für ersteres die ausdrückliche Erklärung des Gläubigers, oder auch ohne sie die Hingabe der Schuldurkunde genügt. L.R.S. 1282 rc.

Hier sind die allgemeinen Beweisregeln anwendbar, weil etwas anderes nirgendwo gesagt ist, und für unsern Fall ist der L R S 1332 maßgebend. *)

Wollte man von der Annahme des Schuldners sprechen, so ist sie in dieser Klage kundgegeben, welche das Recht der Klägerin zur Geltung zu bringen versucht, sobald dieses durch den Tod des R. erwachsen war.

Was die Behauptung des Beklagten Fond betrifft, daß R. durch seine Klage gegen die Gantmasse des Z. mit dem Anspruch auf vorzügliche Befriedigung vor der Klägerin jene freigebige Verfügung (die Schuldenerlassung) wieder zurückgenommen habe **), so ist dies in vorliegendem Falle nicht anzunehmen, weil er nicht auf eigenen Antrieb, sondern veranlaßt durch die im Gantedikt liegende Aufforderung klagte, und unverkennbar nur in Concurrenz mit andern Gläubigern, seinen Willen zur Geltung zu bringen, daß der Frau und den Kindern die Hauptsumme, ihm die Zinsen gewahrt werden.

Diesen Zweck hat er durch das zu seinen Gunsten lautende rechtskräftige Urtheil erreicht, da aber mit seinem Todestage die Suspensivbedingung sich erfüllte, da das Urtheil kein neues Recht schafft, sondern das bestehende zur Anerkennung bringt, so gehörte von diesem Momente Kapital und Zinsen kraft des vom Eigenthümer auf der Schuldurkunde niedergelegten Willens der Klägerin.

*) Fr. 168 §. 1. D. de reg. jur. 50. 17. Fr. 80 Dig. de verb. signif.

*) S. Savigny, System des röm. Rechts Bd. IV. S. 18, 127 rc. Marcadé t. V. zu art. 1282 rc.

**) Ob ein Widerruf der Schuldenerlassung in der angestellten Klage oder in der außergerichtlichen Einforderung liege, darüber sehe Savigny System Bd. IV. S. 129 Note h.

Weil jedoch die Beklagte die Verabfolgung dieser ihr zugeschiedenen Summe verweigert, so steht ihr die Klage auf Herausgabe des zur Ungebühr Erhaltenen entgegen. Das Landrecht unterscheidet in den Sätzen 1376 und 1377 zwei ganz verschiedene Fälle und für uns ist der erstere maßgebend, welcher mit dürren Worten sagt: „Wer wissentlich oder aus Irrthum etwas annimmt, das ihm auf Zahlung auf eine vermeinte aber nicht vorhandene Forderung gegeben wurde, wird verbindlich, das ungebührlich Empfangene dem Zahler zu ersetzen.“ Für die Klägerin zählte hier das verweisende Decret, wodurch an dem Rechtsverhältniß zwischen ihr und dem Beklagten nichts geändert wird. Der Spitalfond hat das zu ersetzen, was ihm nicht gehört, ob Irrthum unterliegt oder nicht, *) und diese gesetzlich eingeräumte Befugniß rechtfertigt vollkommen das Klagbegehren. **)

Es fragt sich nun endlich, ob der Richter rechtliche Momente zu suppliren berechtigt ist, und wir glaubten dies bejahen zu müssen, da bei uns das gegliederte Klagensystem des röm. Rechts nicht besteht, da der Richter trotz der Freiheit der Parteien auf dem Gebiete der Thatsachen das ausgedehnteste Fragerecht zur Verbesserung mangelhafter Klagen besitzt, und überall, wo es sich um Verwirklichung der Ordnung des Verfahrens und die Herrschaft des Gesetzes handelt, unabhängig dasteht. Hiedurch wird die Neutralität gegen keine der Parteien verletzt, denn das Gesetz steht über diesen und dem Richter und letzterer beurkundet nur seine Autorität als Vertreter der öffentlichen Ordnung, wenn er ohne Rücksicht auf die Rechtsansichten der Streitenden, die eigene als die maßgebende hinstellt; *) er supplirt nicht Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, er ändert nichts an dem Klagbegehren, sondern baut auf die von den Parteien gegebenen Prämissen die rechtliche Conclusio. Pr.O. §. 272. 273. 281. 297 u. s. w.

Aus diesen Gründen glaubte der Richter, daß nach dem Klagbegehren erkannt werden mußte.

Gageur.

*) Siehe hierüber Marcadé t. VI. art. 1367 und 1377 I. wo er sagt: Il en était autrement à Rome. La répetition n'etait jamais admise que quand la chose indûe avait été livrée par erreur; et toutes les fois qu'elle l'avait été à dessein, consultô, le droit romain voyait là une donation: cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultô dati donatio est Dig lib 50 t. 17. 53. On voit que notre code, fidèle à son principe d'équité, a rejeté ici encore ce système peu équitable de donations présumées.

Il est vrai que Toullier (XI. 60 et 61) et M. Zachariae (III. p. 183 et 185 n. 10) voient, dans ces articles, la consécration du système du droit romain. Mais c'est une erreur que réfutent autant les textes mêmes des articles que l'esprit de la loi etc.

**) Vielleicht verdienten hier die Bestimmungen der L.R.S. 910 und 937 noch eine eigene Betrachtung.

*) Es sagt die const. un. Ut quae desunt advocatis partium judex suppleat; non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et jure publico convenire (II. 10 S. hiezu Sintenis Erläuterungen Bd. I. S. 375 rc. Oberhofg. Jahrb. n. F. X. pag. 244 rc.

III.

Kirchenbaupflicht.

1) Die Baupflicht ist eine kraft Gesetzes auf dem alten Zehenten ruhende Last.

2) Es streitet daher auch die Vermuthung dafür, daß ein Zehentberechtigter durch seine jeweiligen Beiträge zu Kirchenbau-Bedürfnissen die auf dem Zehenten haftende Verbindlichkeit erfüllt habe.

3) Die Erfüllung dieser Baupflicht in einzelnen Fällen kann den Titel der Verbindlichkeit nicht ändern.

Jahrbücher, n. F. XI. 354 — 364.
Annalen XIII. 175. XVII. 64 353.

Sachsenhausen gegen Wertheim.

Das Chorstift Wertheim hatte von jeher auf Sachsenhauser Gemarkung den kleinen Zehenten ganz und den großen zu $^2/_3$ bezogen, bis derselbe abgelöst wurde.

Als der Streit über diese Ablösung beendigt war, verlangte die Gemeinde, daß das Chorstift, welches die Sachsenhauser Kirche sammt nothwendigem Zugebäude seit 1665 in baulichem Stand unterhielt, auch die Baulast ablöse, weil solche auf dem Zehenten ruhe.

Das Chorstift weigerte sich aber dessen, da es nicht als Zehentherr, sondern auf den Grund vorliegender

Baufakten und Anerkenntnisse baupflichtig sei, wie sowohl aus der Geschichte des Chorstiftvermögens, als namentlich auch daraus hervorgehe, daß die andern Theilhaber am großen Zehenten, nämlich die fürstl. Standesherrschaft Löwenstein und die Pfarrei Raßig, bisher nicht zum Kirchenbau beigezogen wurden, wie es nachträglich noch geschehen müßte, wenn die Baupflicht auf dem Zehenten radicirt wäre.

Nach dieser Einlassung würde die Baupflicht des Chorstifts für alle Zukunft auf dem gesammten Vermögen desselben haften, während überall da, wo sie eine Zehentlast ist, der Decimator für berechtigt erachtet wird, das Zehentablösungskapital, selbst wenn das Lastenkapital höher sein sollte, dem Kirchspiel zu überlassen, um sich seiner Verbindlichkeit ein für allemal zu entledigen.

Die Gemeinde hatte aber in dem vorliegenden Falle ein besonderes Interesse dabei, daß die Baupflicht für eine Zehentlast erklärt und diese zur Ablösung gebracht werde, weil das Chorstift als Heiligenfond ganz unbemittelt sein soll.

In erster Instanz wurde jedoch die Klage schlechthin abgewiesen und in zweiter mit dem Vorbehalte der aus der subsidiairen Baupflicht des beklagten Chorstifts als Zehentherrn folgenden Rechte und Verbindlichkeiten.

Die hofg. Entscheidungsgründe enthalten unter anderem folgende Sätze:

> Nach dem gemeinen Rechte ruhte die Kirchenbaupflicht nicht auf dem Zehenten, folglich spricht auch keine Vermuthung dafür, daß Bauhandlungen, welche unter der Herrschaft des gemeinen Rechts von einem Zehentberechtigten vorgenommen wurden, ihren Entstehungsgrund in dessen Zehentberechtigung haben.
>
> Bauhandlungen, welche in Ermangelung eines primär Verpflichteten der Zehentherr nach dem 26. April 1808 erstmals vornähme, könnten zwar als aus der Verbindlichkeit des von ihm bezogenen Zehenten hervorgegangen, angesehen werden; diese aus dem Bauedict abgeleitete Vermuthung ist aber nicht anwendbar auf Bauhandlungen, welche vor dem 26. April 1808 aus unbekannten — gleichviel welchen — Gründen von einem Zehentberechtigten vorgenommen wurden.
>
> Thatsachen, aus welchen gefolgert werden könnte, daß das beklagte Stift in der Eigenschaft als Zehentherr gebaut habe, sind nicht angeführt; die Thatsache aber, daß es, obgleich zum Theil Inhaber des Zehentens, doch die ganze Baulast bestritten hat, spricht sogar gegen jene Folgerung ꝛc. ꝛc.

Auf die von der klagenden Gemeinde eingewandte Oberberufung erkannte das großh. Oberhofgericht am 23. Januar l. J. abändernd zu Recht:

> es sei die Baupflicht des beklagten Chorstiftes bezüglich der Sachsenhauser Kirche sammt nothwendigem Ingebäude für eine Zehentlast zu erklären und daher das Chorstift schuldig, dieselbe abzulösen ꝛc. ꝛc.

Gründe.

Nach den von der beklagten Seite abgelegten Anerkennungen über die Baupflicht erscheint diese als eine Last, die auf dem gesammten Vermögen des Chorstifts ruht. Da nun der Zehente auf Sachsenhauser Gemarkung einen Theil dieses Vermögens bildet, so ist schon darum auch dieser Zehente für die Baulast verhaftet, und wenn die Gemeinde Sachsenhausen durch die erhobene Klage bezweckt, daß aus diesem Vermögenstheil allein und vorzugsweise das Baulastencapital nach Maßgabe des Gesetzes über Ablösung des Zehenten bestimmt werde, so kann ihr der Umstand, daß das Chorstift auch mit seinem weitern Vermögen verhaftet sein will, nicht im Wege stehen, denn dadurch wird die Regel des Satzes 710 dc., daß der Zehente diese Last auf sich hat, so lange seine Baufreiheit nicht erwiesen wird, um so weniger aufgehoben, als schon nach gemeinem Rechte der geistliche Zehente in der Regel als baupflichtig angesehen wurde, und die Erfüllung dieser Baupflicht in einzelnen Fällen den Titel der Bauverbindlichkeit nicht ändern kann.

Eben so wenig kann daraus, daß andere Zehentinhaber nicht zum Bauen angehalten wurden, abgeleitet werden, daß die Baulast des Chorstifts nicht auf seinem Zehentantheil hafte. Es kann daraus nur folgen, daß jene als befreit von der Baulast angesehen werden müssen, während solche dem Chorstifte allein obliegt ꝛc.

D. R.

IV.

1) Der Vorbehalt eines sog. Nothpfennigs in Vermögensübergaben hat die Eigenschaft eines Kaufpreises, und es kann das diesem zustehende Vorzugsrecht dafür geltend gemacht werden.

2) Zur Bewahrung dieses Vorzugsrechts genügt unter Umständen die Erwähnung des Uebergabspreises in dem Grundbucheintrage.

3) Nach Ablauf der sechzigtägigen Frist ist der Eintrag der Forderung des Miterben in das Grundbuch wirkungslos.

So erkannte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises durch Urtheil in Sachen Süß gegen Kern, Berichtigung einer Verweisung betreffend, aus nachstehenden

Gründen.

Bei der Vermögensübergabe vom November 1846 behielten sich die Uebergeber, Eulogius Kiefer's Eheleute, bevor, daß der Uebernehmer, ihr Sohn Ignaz Kiefer, ihnen auf Verlangen einen sog. Nothpfennig von 400 fl., verzinslich zu 5 pCt. von Martini 1846 an, ausbezahle, und daß dieser Nothpfennig auf dem übergebenen Hofgute bleiben solle. Dieser Nothpfennig, welcher die Natur des Theils eines Kaufpreises hat, ist zwar in dem von Ignaz Kiefer am 24. März 1847 bewirkten Grundbucheintrage nicht besonders erwähnt, allein es ist darin doch gesagt, daß die einzeln aufgeführten Liegenschaften dem Ignaz Kiefer überlassen sind für 8500 fl., und damit ist dem Nothpfennig, welcher nur einen kleinen Theil dieses Uebernahmspreises bildet, das gesetzliche Vorzugsrecht nach Maßgabe von L.R.S. 2103. 2108 genügend gewahrt. Daraus ergibt sich unzweifelhaft der Vorrang dieser Forderung vor jener des Beklagten, welche erst am 31. Oktober 1852 in das Pfandbuch eingetragen worden ist.

Einen Theil dieser Nothpfennigsforderung haben nun die Kläger ererbt, und somit sind sie auch berechtigt für den ihnen zustehenden Betrag von je 40 fl. nebst Zinsen, welche sie nur von dem Todestage des Eulogius Kiefer an (30. November 1852) begehren, Befriedigung vor dem Beklagten aus dem Erlöse der belasteten, auf die Karl Kiefer's Eheleute übergegangenen und diesen im Vollstreckungswege versteigerten Liegenschaften zu fordern.

Der übrige Theil der Forderung der Kläger, bezüglich deren sie den Vorrang vor dem Beklagten ansprechen, besteht aus der ihnen in diesem Betrage durch Erbschaft zugefallenen Erbgleichstellungsgeldforderung der Eulogius Kiefer's Eheleute an die Ehefrau des Karl Kiefer, (Wittwe des schon im Jahre 1847 kinderlos verstorbenen Ignaz Kiefer), allein dieser Forderung gebührt kein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht. Die Kläger berufen sich, um ein solches zu begründen, lediglich auf den Grundbucheintrag vom 29. Mai v. J. und dieser erfolgte erst sieben Jahre nach Vornahme der Theilung, aus welcher die fragliche Forderung herrührt, also lang nach Ablauf der in L.R.S. 2109 bestimmten Frist, und mithin zu einer Zeit, in welcher gemäß L.R.S. 2113 ein Eintrag der Forderung in das Grundbuch keine Wirkung mehr hat, vielmehr nur noch deren Eintragung in das Pfandbuch gestattet ist, und nur ein von dem Tage der nachgeholten Eintragung an gegen dritte Personen gültiges Pfandrecht gewährt.*)

Ueberdieß wurde der Grundbucheintrag vom 29. Mai 1854 nicht, wie L.R.S. 2109 vorschreibt, auf Betrieb der Forderungsberechtigten, sondern auf Verlangen der Karl Kiefers Ehefrau (Erwerberin der Liegenschaften und Schuldnerin des Gleichstellungsgeldes) bewirkt, und kann schon deßhalb den Klägern das angesprochene Recht nicht gewähren.

Ist demnach der Umstand, daß in dem Grundbucheintrage die Erbgleichstellungsgeldforderung erwähnt ist, ohne rechtliche Bedeutung, so erscheint es selbstverständlich als unerheblich, daß der Pfandbucheintrag des Beklagten vor jenem Grundbucheintrage erfolgte, und erst mit diesem zu voller Rechtswirkung gelangte.

Die hier angeführten thatsächlichen Verhältnisse ergeben sich vollkommen aus den beiderseits angerufenen und anerkannten öffentlichen Urkunden.

Aus diesen Gründen u. s. w.

Dr. Puchelt.

*) Eben diese Ansicht ist vertheidigt: Bell, dingliche Rechte S. 141 und Annalen XX. S. 88. Zachariä, franz. Civ.R. Bd. II. §. 276 am Ende.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 9. | Mannheim, 24. Februar 1855.

I.

Das schwurgerichtliche Verfahren im Allgemeinen und im Hinblick auf dessen Erfolg in unserm Lande.

§. 1.

Früher befand sich die Criminaljustiz ausschließlich in den Händen der Juristen. Man hatte Einzelrichter, Inquirenten und Collegien, welche Recht sprachen. Das Staatsoberhaupt ernannte dieselben und das Justizministerium überwachte ihre Thätigkeit — mit Umgehung jeder Art von Kabinetsjustiz. Dem Einzelrichter war eine äußerst beschränkte Gerichtsbarkeit angewiesen; das Verfahren war schriftlich und geheim.

Die Garantie, welche die Gesetzgebung gegen Willkühr, Uebelwollen und Kurzsichtigkeit der mit der Criminaljustizverwaltung betrauten Personen gewährte, bestanden in der

1) Einführung einer Recursinstanz, 2) der Controlirung des Einzelrichters (beziehungsweise Inquirenten) durch einen beeidigten Amtsactuar, 3) der Anordnung eines Schluß- (Ratihabitions-) Verhöres unter Beizug von Urkundspersonen, 4) der Aufstellung eines Referenten bei Sachen von besonderem Belang, auch eines Instructivvotanten hinsichtlich der von dem Hofgericht abzuwandelnden Fälle, 5) in dem der letztern Stelle dem Inquirenten gegenüber eingeräumten Directionsrechte, 6) in der Zulassung (beziehungsweise Aufstellung) von Defensoren aus der Zahl der Rechtsanwälte, 7) in der Beschränkung des richterlichen Ermessens durch eine gesetzliche Beweistheorie, welche dem verstockten Verbrecher vorzugsweise zu gut kam, indem sie nur zu oft den Richter nöthigte, einen nach seiner Ueberzeugung überwiesenen Verbrecher, dessen Geständniß durch Anwendung der Tortur nicht mehr herbeigeführt werden konnte, freizusprechen *), 8) in der Rechtfertigung des Urtheiles durch umfassende Entscheidungsgründe.

Man sah vor Allem die Nothwendigkeit ein, den Richter von Beweisregeln, welche eine Schutzwehr für die Unschuld sein sollen, aber gerade den Schuldigen dem Arme der Gerechtigkeit entziehen, zu entbinden. Er urtheilt jetzt lediglich auf den Grund seiner freien — innern Ueberzeugung.

Man ging noch weiter. Man erhörte die Anforderungen der neuesten Zeit, welche Schwurgerichte, Oeffentlichkeit, unmittelbaren Verkehr mit dem Angeklagten, Mündlichkeit und die Vertretung der öffentlichen Interessen im Criminalprozesse durch den Staatsanwalt verlangt, bildete jedoch eine Uebergangsperiode dadurch, daß man das neue System dem alten an die Seite stellte, und dieses alte mit einigen seinen eigenthümlichen Character nicht alterirenden Verbesserungen ausstattete. Wir erhielten sonach eine dreifache Aufstellung der Verbrechen wovon die eine der Competenz des Einzelrichters, die andere jener der Hofgerichte, die dritte der Zuständigkeit der Schwur-

*) Ungeachtet die Streitfrage: Findet eine Verurtheilung nur auf den Grund des directen Beweises statt? (M. s. Duttlinger und Esser im Archiv für die Gesetzg. und Rechtspflege, ferner meine Abhandlung über den Indizienbeweis in den Annalen) von der Praxis dahin entschieden wurde: sie findet auch auf den Grund des künstlichen Beweises statt — sprach man das „schuldig" gegen einen wegen Diebstahls Angeklagten nur dann aus, wenn 1) eine verdächtige Anwesenheit des Inculpaten an dem Orte, wo — und zur Zeit, in welcher der Diebstahl verübt wurde, als nachgewiesen angesehen werden konnte, 2) wenn sich derselbe unter verdächtigen Umständen im Besitze des gestohlenen Gutes befand, und 3) zugleich eine Person war, zu der man sich einer solchen That versehen konnte. Diese Beweisregel war eben so wohl geeignet, die Unschuld zu gefährden, als den Schuldigen der wohlverdienten Strafe zu entziehen.

gerichte anheim fällt, und lernen auf solche Weise die Mängel und die Vorzüge beider kennen.

Die Vorderseite dieses Institutes wurde bereits in dem Magazin für badische Rechtspflege und in den Annalen hervorgehoben. Es sei mir erlaubt, auch die Kehrseite im Allgemeinen und im Hinblick auf den Erfolg der schwurgerichtlichen Thätigkeit in unserm Lande zu besprechen.

An die Spitze meiner Darstellung stelle ich einen Satz, dem einer unserer wärmsten und redlichsten Anhänger des schwurgerichtlichen Verfahrens (Oberhofgerichtsrath Zentner) mit Recht seine Huldigung dargebracht hat. Derselbe sagt:

> Das Institut muß sich als Rechtsanstalt bewähren, d. h. die Rechtsgewährung entweder besser oder doch nicht minder gut als die durch dasselbe verdrängte Justizpflege zu verwirklichen im Stande sein; nur darin beruht sein Berechtigungstitel, denn das Recht steht über den politischen Rücksichten und Vortheilen *).

Abgesehen von der öffentlichen Meinung, und von der Frage, ob sie eine von jenen Anhängern, welche das meiste Gewicht auf die politische Seite des Instituts **) legen, bearbeitete, oder aus eigener Anschauung und Ueberzeugung hervorgegangen sei, will ich von dem bezeichneten Standpunkt aus die Vorzüge prüfen, die man ihm nachrühmt.

§. 2.

Die Oeffentlichkeit und der unmittelbare mündliche Verkehr des Richters mit den in das Drama verwickelten Personen.

Kein Rechtsgelehrter wird diese werthvollen Vorzüge mißkennen und im Criminalverfahren von der Hand weisen. Das Volk soll erfahren, daß der Richter sein Amt mit der seinem hochwichtigen Berufe entsprechenden Würde, Umsicht und Gewissenhaftigkeit verwalte, daß die Ehrfurcht vor dem Gesetze der einzige Leitstern ist, nach dem er sich richtet, daß er nicht die Befriedigung einer Leidenschaft oder die Erreichung anderer dem Gesetze fremden Zwecke, sondern die Erfüllung einer schweren Berufspflicht anstrebt. Er soll wissen, daß die Unschuld sich demselben mit vollem Vertrauen nähern könne, daß jedoch kein Verbrecher, welcher Schichte der bürgerlichen Gesellschaft er angehören möge, der Strafe entgehe, die er durch seine verbrecherische That verwirkt hat.

Die Oeffentlichkeit der Verhandlung gewährt die Ueberzeugung von der Gerechtigkeitsliebe der Gerichte, der unmittelbare Verkehr fördert die Erforschung der Wahrheit, denn er verschafft dem Richter Aufschlüsse, welche ihm der mittelbare Verkehr nicht gewähren kann, und wodurch oft die Voruntersuchung wesentlich ergänzt wird. Derselbe enthält zugleich eine kräftige Schutzwehre gegen Mißgriffe des Inquirenten, und einen gewiß nicht unwirksamen Bestimmungsgrund für diesen, auch seiner Seits jenen Eifer und jene Gewissenhaftigkeit verwalten zu lassen, welche nothwendig sind um dem Richter eine solide Grundlage für die Schlußverhandlung zu liefern, und ihn von der Verantwortlichkeit für die Folgen einer ihm zur Last fallenden Saumseligkeit zu befreien.

Wir besitzen die Oeffentlichkeit nebst dem unmittelbaren Verkehr seit vielen Jahren im Civilverfahren 2. und 3. Instanz, jedoch mit einer durch den §. 1185 der n. Pr.O. angeordneten Beschränkung, welche beiläufig ein Drittel der vorkommenden Fälle umfaßt, sodann in Preßsachen, endlich in den der Competenz des Schwurgerichts unterstellten Fällen. Bei den Hofgerichten wurde sie, aus Gründen, die ich hier umgehe, nicht zur Geltung gebracht, obschon das Gesetz vom 5. Februar 1851 Schlußverhandlungen in den dazu geeigneten Fällen (?) empfiehlt.

Daß die volksthümliche Oeffentlichkeit (im Gegensatz zu der parteilichen) im Civilverfahren Nutzen stifte, möchte ich bezweifeln. Der Gerichtssaal blieb bei uns Jahr für Jahr leer. Es gehört zu den Seltenheiten, wenn sich außer den im Dienste begriffenen Anwälten 1 oder 2 Clienten bemerkbar machen, welchen man die Verwunderung darüber ansieht, daß ein so großer Raum für sie übrig bleibt. Die Verhandlung der Civilprozesse kann nur den unmittelbar Betheiligten und den Juristen Interesse darbieten, und selbst diese möchten die Zeit zu lange finden, die sie auf das Anhören der mündlichen Vorträge des Urtheils und der hofgerichtlichen (beziehw. oberhofgerichtl.) Entscheidungsgründe verwenden.

Ueberhaupt steht der volksthümlichen Oeffentlichkeit, nämlich der Oeffentlichkeit, welche alle

*) Magazin für die badische Rechtspflege und Verwaltung Bd. 1. H. 3. S. 155.

**) Es läßt sich nicht bestreiten, daß das Institut auch von dem politischen Standpunkte aus betrachtet, zwei Seiten hat, wovon die eine dasselbe als im hohen Grade empfehlenswerth, die andere hingegen als absolut verwerflich darstellt.

Welt in den Tempel der Gerechtigkeit treiben möchte, auch im Strafverfahren gar Vieles entgegen. Ich rechne dahin,

1) daß nicht immer der wiß- und lernbegierige Theil der Bevölkerung des Ortes, in welchem das Gericht seine Sitzungen hält, sondern häufig die müßige, nach scandalösen Auftritten lüsterne, für die Erbauung durch ein ernstes, erhabenes Schauspiel wenig empfängliche Hefe derselben sich in den Gerichtssaal eindrängt;

2) daß, zumal in aufgeregten Zeiten, und bei überfülltem Hause sich leicht Störungen ergeben, wodurch die Würde des Gerichtshofes beeinträchtiget und der Gang der Verhandlung auf eine Aergerniß erregende Weise unterbrochen wird;

3) daß, wenn es sich darum handelt, Achtung für das Gesetz einzuflößen und einem wohlbegründeten Vertrauen in die Güte der vaterländischen Rechtspflege bei allen Volksschichten des Landes Eingang zu verschaffen, der Beizug einer Anzahl ehrenwerther Männer aus allen Bezirken des Landes (beziehungsweise des betreffenden Hofgerichtssprengels) mit besonderer Rücksichtsnahme auf den Ort, wo das Verbrechen begangen wurde, und wo der Inculpat seinen Wohnsitz hat — genügen würde, ohne daß es deßhalb nöthig wäre, sie zur Theilnahme an dem Richteramt einzurufen.

Abgesehen davon, daß die Oeffentlichkeit in keinem nothwendigen Zusammenhang mit dem Schwurgerichte steht, da sie sich mit der Mündlichkeit und dem unmittelbaren Verkehr auch dem alten Verfahren (der Regierungsjustiz) anpassen läßt*), darf man nicht übersehen, wie sehr die Ausdehnung derselben auf alle Verbrechen den Kostenaufwand vermehren würde, den die Justizpflege in Strafsachen verursacht. Man kann sich eine Vorstellung davon machen, wenn man erwägt, daß sich die Anzahl der Fälle, welche das Hofgericht erlediget, zu der Anzahl der Erkenntnisse, welche das Schwurgericht erläßt, beiläufig wie 12 zu 1 verhält.

§. 3.

Das Schwurgericht

unterscheidet sich von den ständigen landesherrlichen Gerichten dadurch, daß es aus 2 Collegien zusammengesetzt ist. Das Eine besteht aus Männern aus dem Volke, welche durch Wahl und Losung zur unentgeldlichen Dienstleistung berufen werden, das Andere aus besoldeten, öffentlichen Dienern, welche von dem großh. Justizministerium, beziehungsweise von dem Präsidenten des betreffenden Hofgerichtes aus der Mitte dieser Stelle oder aus der Zahl der Justizbeamten des Kreises ausgewählt und zu Mitgliedern des Schwurgerichtshofes ernannt werden. Die Dienstzeit Beider beschränkt sich auf die nächste Quartalsitzung. Ihr gemeinschaftliches Zusammenwirken besteht in der Lösung zweier getrennter Aufgaben. Die rechtsgelehrten Richter zerlegen das Verbrechen, welches den Gegenstand der Anklage bildet, in seine concreten thatsächlichen Bestandtheile, erheben darüber den Wahrspruch der Geschworenen und erlassen auf diese Grundlage das Straferkenntniß. Der Theil des Erkenntnisses, welcher die Ausmessung der Strafe betrifft, wird mit Entscheidungsgründen versehen; der Wahrspruch — das Urtheil auf „schuldig" oder „nichtschuldig" erhält seine Rechtfertigung durch den von den Geschworenen abgelegten Eid. Ein Rechtsmittel der Berufung an einen höhern Richter wegen ungerechter Verurtheilung hat nicht statt. Dagegen kann ein unter Mitwirkung von Geschworenen erlassenes Straferkenntniß im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.

Das Schwurgericht befaßt sich nur mit der Erledigung jener vor sein Forum gehörigen Criminalfälle, welche durch die Anklagekammer (einer aus Mitgliedern des Hofgerichts zusammengesetzten Behörde) derselben zugewiesen werden, da diese überall, wo sie der Ansicht ist, daß wegen Unzulänglichkeit der Beweise eine Verurtheilung nicht zu erwarten sei, in Gemäßheit des §. 79 des E.Ges.**) ausspricht: es sei kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden, insofern sie nicht für gut findet, eine Ergänzung der Untersuchung anzuordnen.

Bei der Verhandlung, welche der Präsident leitet, treten der Staatsanwalt und der Angeklagte mit seinem Defensor als Parteien auf.

Was nun

§. 4.

die bisherigen Leistungen der Geschworenen

betrifft, so habe ich keine Ursache, denselben das Lob,

*) Auch die Vereinigung verschiedener nicht compatibler Rollen in der Person des Richters — ein Uebelstand, welcher dem alten Systeme anklebt, läßt sich durch Erweiterung der Befugnisse des Staatsanwaltes beseitigen.

**) Ohne dieses Zuvorkommen der rechtsgelehrten Richter müßte es wirklich auffallen, daß von dem Schwurgerichtshofe so wenig freisprechende Erkenntnisse ausgehen.

welches ihnen von allen Seiten gespendet wird, streitig zu machen, oder den Beifall, der ihren Wahrsprüchen zu Theil wurde, durch irgend eine mißfällige Bemerkung, welche geeignet sein könnte, ihn herabzustimmen, zu verkümmern. Was ich wahrnahm, spricht für, nicht gegen sie. Wenn ich auch nicht in allen Fällen ihre Ueberzeugung theilte, so weiß ich doch, daß die ständigen — mit rechtsgelehrten Mitgliedern besetzten — Gerichte nicht minder hie und da dem Irrthum verfallen, ohne deßhalb die wohlverdiente Achtung des Publikums zu verlieren.

Ich finde ferner sehr begreiflich, wenn sie nach einer Anstrengung, deren glückliche Ueberwindung eine gesunde, kräftige Constitution voraussetzt, mit Freude zu der gewohnten Arbeit zurückkehren, um das in ihrem Berufsgeschäfte wieder einzuholen, was sie im Dienste für das allgemeine Beste versäumt haben, wenn sie endlich nach den großen Opfern, welche sie dem Gesetze gebracht, auch die gesetzliche Befreiung vom Dienste für die nächsten 6 Quartalsitzungen in Anspruch nehmen.

Allein es zeigen sich Inconvenienzen, welche nicht den Geschworenen, sondern dem Systeme des Verfahrens zur Last fallen, und — trotz des Zusammenwirkens so vieler, verschiedenartiger Kräfte — eines Theils die Auffindung der Wahrheit erschweren, andern Theils die Verhandlung und Erledigung der Sache auf eine dem Angeklagten höchst empfindliche Weise hinausziehen.

Zu den Uebelständen der ersten Art gehört 1) die Beklemmung und Unbeholfenheit mancher Zeugen, welche — zum ersten Male in ihrem Leben vor einem großen ihnen völlig fremden Publikum auftretend — kaum die Hälfte dessen, was sie von der Sache wissen, und selbst diese nur in Bruchstücken ohne irgend einen innern Zusammenhang hervorbringen. 2) Die Verlegenheit Anderer, welche das, was sie in der Voruntersuchung zu Protokoll gaben, zum Theil wieder vergessen haben, und aus Furcht vor dem öffentlichen Vorwurf des Meineides auf den Vorhalt des Präsidenten, daß ihre gegenwärtige Aussage mit der frühern nicht übereinstimme, keine weitere Aufklärung wissen, als: „wenn ich das früher gesagt habe, so muß es wohl wahr sein." 3) Die Vorträge der Aerzte und Anwälte, die sich von der Höhe, auf welche sie ihre wissenschaftliche Bildung gestellt hat, nicht immer herunter lassen können, sofort oft eine Sprache führen, welche von dem schlichten Bürgersmann nicht verstanden wird. Zu jenen der zweiten Art gehört es, wenn wegen plötzlicher Erkrankung des Präsidenten oder seines Stellvertreters, des Staatsanwalts oder seines Substituten, des Angeklagten oder seines Vertheidigers, oder in Folge des verspäteten Eintreffens eines entscheidenden Zeugen, oder in Folge einer noch rückständigen erheblichen Einvernahme oder weil in Folge der Cassation ein anderer Schwurgerichtshof zu entscheiden hat, die Tagesordnung in Unordnung gebracht, oder die Sache bis zur nächsten Quartalsitzung vertagt, und der Angeklagte auf weitere 3 Monate in das Verhaftslocale zurückgebracht wird, um die Eröffnung der Verhandlung in Geduld abzuwarten. Es sind dieß Nachtheile, welche die größtmögliche Beschleunigung der Voruntersuchung nicht ausgleicht.

§. 5.

Ich wende mich hiernach zur Hauptsache, zur Frage:

Leistet das neue Institut wirklich mehr, oder doch eben so viel, als die durch dasselbe bezüglich auf die dem Schwurgericht zugetheilten schwereren Verbrechen verdrängte ältere Criminaljustizpflege?

und beantworte dieselbe — abgesehen von den wiewohl theuern Vorzügen der Oeffentlichkeit und des unmittelbaren, mündlichen Verkehres — mit „Nein!"

Die Factoren, welchen man die Rechtsgewährung hinsichtlich des Ausspruchs „schuldig oder nichtschuldig" verdankt, sind:

1) der Verstand, 2) die Erfahrung, 3) das Gewissen.

In Ansehung der letzten beiden Eigenschaften stehen die rechtsgelehrten Mitglieder der ständigen Collegialgerichte mit den Geschworenen auf einer und derselben Linie, in Ansehung des ersten Factors sind sie dagegen den Geschworenen zuversichtlich überlegen.

Wer seine Verstandeskräfte fortwährend in angestrengter Thätigkeit erhält, sich eine lange Reihe von Jahren hindurch unausgesetzt mit Fragen, die sich auf das Vorhandensein eines Verbrechens, auf den Urheber desselben, seine Gehilfen und Begünstiger, deren Zurechnungsfähigkeit und Verschulden beziehen, beschäftiget, und in den schwierigsten Combinationen sich geübt und seinen Scharfblick selbst durch Fehlgriffe, die er machte, gestärkt hat, muß wohl dem, der sich in den Operationen des Denkens in der angegebenen Richtung dem ersten (vielleicht letzten) Versuche hingibt, weil überlegen sein. Ich bringe dabei gar nicht einmal in Anschlag, daß die Kennt-

niß der Gesetze, von welchen die in Frage stehenden Thatsachen ausgehen, und unter welches sie subsumirt werden, ihrer Nachforschung nach materieller Wahrheit und ihrem Urtheile eine Sicherheit gibt, welche sich der Nichtjurist nie aneignen kann. Man wird mir einwenden, daß auf der Bank der Geschwornen auch wissenschaftlich gebildete Männer, sogar Rechtsgelehrte, Platz nehmen.

Ich erwidere darauf, daß dann die eminente Mehrheit der Geschwornen — aus schlichten Bürgern bestehend — die Superiorität jener durch ihre Intelligenz ausgezeichneten Männer anerkennen, und sich bei der Abstimmung ohne sonderlichen Widerstand dem „Ja" oder „Nein" derselben anschließen werde. Bei ständigen, mit Rechtsgelehrten besetzten Gerichten behaupten die geistigen Kräfte ein Gleichgewicht, welches eine Erscheinung, wie diese, geradezu ausschließt. Man wird bei einem mit fünf oder mehr Mitgliedern besetzten ständigen Gerichtshofe nicht erleben, daß sich eine Mehrheit bildet, welche sich der Minderheit dienstbar macht.

Erwägt man weiter, daß sich bei den ständigen Collegien ein Esprit de corps bemerkbar macht, vermöge dessen demselben Alles daran liegt, den durch eine vieljährige, anerkennenswerthe Wirksamkeit wohlerworbenen, ehrenvollen Ruf einer prompten und guten Justizpflege aufrecht zu erhalten, ein Schutzgeist gegen unwürdige Anwandlungen, der sich in der Versammlung von Geschworenen, welche einmal zusammentreffen, um nicht wieder zu erscheinen, nicht niederlassen kann; daß endlich die Achtung, die dem rechtsgelehrten Richter gezollt wird, auf den Entscheidungsgründen beruht, welche darüber, wie er die Wahrheit und das Recht gefunden, Rechenschaft geben, so weiß man wahrlich nicht, ob man sich mehr über die Vorliebe für das neue Institut oder über gewisse gegen wissenschaftlich gebildete Juristen gerichtete feindselige Ausfälle: „man brauche keine juristischen Grübeleien, keine Spitzfindigkeiten, keine Schulweisheit, und dergl." um im Criminalprozesse die Wahrheit zu finden, verwundern soll.

Das Gesetz, welches dem Richter die Verpflichtung auferlegt, seine Entscheidung zu rechtfertigen, verlangt eine gründliche, der Prüfung anderer unterstellbare, demnach auf sie übertragbare Ueberzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten. Augenscheinlich ist mit einer solchen der Unschuld mehr gedient, als mit einer Ueberzeugung, über welche der Richter Anderen keine Rechenschaft abzulegen hat *).

Ich bin darum überzeugt, daß auch bei uns politische Rücksichten mitwirkten, das Ansehen der ständigen Gerichte zu untergraben, und die öffentliche Meinung für das neue Institut zu gewinnen, daß aber jetzt, nachdem das alte System von allen Gebrechen, welche dasselbe mißliebig machten, geheilt ist, insbesondere ein Grund zur Anfeindung desselben wenigstens nicht mehr vorliege.

§. 6.

Zu der vorgefaßten Meinung, daß das Urtheil der Geschworenen über Thatfragen dem Urtheile rechtsgelehrter Stimmgeber vorzuziehen sei **), gesellt sich noch die Ansicht, daß

die Trennung der Thatfragen von den Rechtsfragen

eine leichte Aufgabe sei.

Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, daß man die Auslegung und Anwendung der Gesetze rechtsunkundigen Personen anvertraue. Er will daher, indem er die richterliche Gewalt theilt, Jedem das geben, wozu er vermöge seiner Fähigkeiten berufen ist, dem Geschworenen die Festsetzung erheblicher, concreter Thatsachen, dem Rechtsgelehrten deren Erhebung und Subsumtion unter das Gesetz, mit einem Wort: er will, daß die Geschworenen die Wahrheit finden (d. i. die Beweisfrage entscheiden), der mit rechtskundigen Mitgliedern besetzte Schwurgerichtshof hingegen das Recht. Geht die Gesetzgebung von der richtigen Voraussetzung aus, die Geschworenen kennen das Gesetz nicht, so darf man nicht die Frage: ist der Angeklagte (z. B. der Ermordung des N. N.)

*) M. vergl. Mittermaier im Archiv des Crim.R. n. F. J. 1854. S. 134, 143 und 149.

**) Selbst die eifrigsten Vertheidiger des schwurgerichtlichen Verfahrens mißbilligen diese Ueberschätzung der richteramtlichen Dienste eines Geschworenen, welche, wenn sie gegründet wäre, dem Juristen und den juristischen Lehr- und Bildungsanstalten allerdings nicht zur Ehre gereichen würden. So sagt v. Krävel: „Sollten die Geschworenen wirklich nur die Beweisfrage entscheiden, so hätten alle diejenigen Recht, welche behaupten, die Zuziehung der Geschworenen sei eine unnütze, Zeit und Kosten verschwendende Zugabe. Zur Entscheidung der Beweisfrage gehört nur Scharfsinn und Erfahrung. Man kann nicht behaupten, daß hierin die Richter den Laien nachstehen, und daß die Laien zur Entscheidung der Beweisfrage geeigneter seien als die Richter. Archiv des Crim.R. n. F. J. 1854 St. 3. S. 404.

schuldig? an sie stellen, denn die Beantwortung derselben setzt die Kenntniß des gesetzlichen Thatbestandes voraus, man muß vielmehr den gesetzlichen Begriff des in Frage stehenden Verbrechens in seine concreten thatsächliche Bestandtheile auslösen, und so viele Einzelfragen an sie richten, als nothwendig sind, um eine dem Gesetze entsprechende, erschöpfende Antwort zu erhalten. Ueber alle diese Einzelfragen ist der Wahrspruch zu erheben. Dasselbe gilt in Ansehung der allgemeinen Charactere einer strafbaren Handlung, z. B. der Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit u. dgl., sowie in Ansehung der Entschuldigungsgründe, z. B. des Nothstandes, der Nothwehr ꝛc. Nur müssen die Fragen so eingekleidet sein, daß auch der Rechtsunkundige sie zu begreifen vermag, und es muß da, wo das Gesetz von den Begriffen des gemeinen Lebens abweicht, den Geschworenen die erforderliche Aufklärung zu Theil werden, um eine irrige Auffassung der gesetzlichen Ausdrücke zu verhüten. Besonders beachtenswerth sind in dieser Beziehung die Ausdrücke „mit Vorbedacht, ohne Vorbedacht, vorsätzlich, fahrlässig (kulpos), absichtlich," da sie ohne die geeignete Aufklärung leicht zu Mißverständnissen führen*).

Allein die an die Geschworenen zu richtenden Fragen sollen keine Rechtsfragen, sie sollen Thatfragen sein. Die Scheidung der Letztern von der Erstern ist die Aufgabe des Schwurgerichtshofes. Sie wird leicht auf eine Weise gelöst, welche die Grenzen der den Geschworenen eingeräumten richterlichen Gewalt ungebührlich erweitert, oder es stellen sich der Lösung derselben unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen.

Setzen wir z. B. den Fall, es handelt sich um das Verbrechen des Meineides und die Anklage beruhe auf folgenden thatsächlichen Momenten:

Erster Fall:

A. wird auf Rückzahlung eines Darleihens von 1000 fl. bei dem Civilrichter belangt. Er behauptet, die Rückzahlung am 1. Jänner 1854 geleistet zu haben, und schiebt dem Kläger darüber den Hauptleid zu, der ihn verneinend ablegt. In der Folge stellt sich heraus, daß die Rückzahlung wirklich geleistet wurde, jedoch nicht am 1. Jänner, sondern am 1. Februar 1854.

Zweiter Fall:

Der Eid wird darüber zugeschoben, daß 1000 fl. bezahlt wurden, der Delat beschwört die Unwahrheit und es zeigt sich, daß wirklich nicht 1000 fl., wohl aber 900 fl. oder gar 1100 fl. bezahlt worden sind.

Dritter Fall:

Der Angeklagte beschwört, daß er von 2 Personen angefallen und seiner Baarschaft und seiner Papiere beraubt worden. Später gesteht er die Erdichtung des Vorganges ein, und will sich damit entschuldigen, daß das Gesetz falsches Zeugniß in Strafsachen nur dann mit Strafe bedrohe, wenn es zu Gunsten des Angeklagten, oder zum Nachtheil desselben gereiche, dem Falle, wie er hier vorliege, folglich nicht vorgesehen sei.

Offenbar liegen hier Verhältnisse vor, deren Beurtheilung eine gründliche Rechtskenntniß voraussetzt. Die Fragen: ist ein Meineid nur da anzunehmen, wo das Gegentheil von dem, was wahr ist, beschworen wurde, oder genügt es, wenn das beschworene zwar wahr ist, der Schwörende dagegen das wahre Sachverhältniß in redlicher oder unredlicher Absicht umgeht? Wie verhält es sich, wenn das Gesetz einzelne Fälle ausdrücklich mit Strafe bedroht, andere dagegen mit Stillschweigen übergeht? sind unstreitig Rechtsfragen. Hier sind den an die Geschworenen zu stellenden Fragen nur die angegebenen concreten Thatsachen zu Grunde zu legen. Die Bildung des daraus abzuleitenden rechtlichen Resultats muß dem Schwurgerichtshofe überlassen bleiben.

Geht man über die concreten Thatsachen hinaus, so begegnet man zwei gleich bedauerlichen Alternativen:

1) die Geschworenen verweigern die Antwort, weil sie so gewissenhaft sind, sich selbst die erforderliche Einsicht nicht zuzutrauen. In diesem Falle kann der Schwurgerichtshof keine Entscheidung geben, weil ihm, wenn die Geschworenen die Rechtsfragen zu beantworten haben, die Prämissen für die Conclusion fehlen, und weil er solche nicht ersetzen darf.
2) Die Geschworenen beantworten die Frage. In diesem Falle versetzt man den Richter in die seiner Stellung nicht angemessene Lage, einer rechtlichen Ueberzeugung Nachdruck zu geben, welche schon deßhalb, weil sie von rechtsunkundigen Personen ausgeht, werthlos ist.

So lange die Juristen selbst nicht überall im Klaren sind, was zum Begriffe eines Verbrechens, z. B. des Be-

*) Annalen XX. S. 232—234.

trugs, Meineides 2c. gehört, und — unter welchen Voraussetzungen dasselbe als vollendet oder blos versucht anzusehen sei, so lange in concreten Fällen Eigenthümlichkeiten hervortreten, welche eine und dieselbe That verschieden, z. B. als Diebstahl, Unterschlagung, Beschädigung aus Eigennutz 2c. characterisiren lassen, kann ich der Ansicht, daß es in der Lehre von dem Thatbestand Begriffe gebe, „welche allgemein bekannt und in das Volksbewußtsein eingedrungen sind*), um so weniger beitreten, da ich überzeugt bin, daß streng wissenschaftliche Forschungen die Quelle sind, aus welcher der Gesetzgeber seine zahlreichen, einer gründlichen Würdigung bedürftigen Definitionen geschöpft hat.

Es wäre darum gewiß eine dem Grundsatze der Trennung zuwiderlaufende Uebung**), wenn man die Beurtheilung der rechtlichen Verhältnisse dadurch, daß man sie fragt:

> Hat der Angeklagte, indem er beschwor 2c., sich eines Meineides schuldig gemacht?

in die Hände der Geschworenen legen, demnach übersehen würde, daß die richterliche Funktion, vermöge welcher concrete Thatsachen festgestellt werden, von der richteramtlichen Funktion, welche das Gesetz darauf anwendet, d. h. sich über die Beziehung derselben zum Strafgesetze ausspricht, verschieden ist. Berücksichtigt man diese Unterscheidung, so wird man, wenn z. B. der dritte Fall vorliegt, und der Schwurgerichtshof das Vorhandensein des gesetzlichen Thatbestandes annimmt, folgende Fragen an den Geschworenen stellen:

1) Hat N. N. die Thatsache, „daß er 2c." beschworen?
2) Ist das, was er beschworen, unwahr?
3) War dem Angeklagten dieses Verhältniß zur Zeit der Eidesleistung bekannt?

Die Geschworenen würden dann aus der Fragestellung ganz unzweifelhaft entnehmen, daß der Gerichtshof die concreten Thatsachen bereits unter das Gesetz subsumirt habe, und daß, wenn sie die Fragen bejahen, eine Verurtheilung, wenn sie dieselben verneinen, eine Freisprechung des Angeklagten erfolgen werde. Sie werden diesem Resultat durch einen gewissenlosen Wahrspruch nicht entgegenwirken, während sie, wenn man das „schuldig" in die Frage aufnimmt, mit dem besten Gewissen das entgegengesetzte Resultat hervorbringen.

Zu den Merkmalen des Thatbestandes dieses Verbrechens gehört übrigens nicht nur die Unwahrheit des Beschworenen und das wirkliche Bewußtsein des Schwörenden, daß er falsch geschworen, Fragen, die unstreitig von den Geschworenen zu beantworten sind, es wird noch weiters erfordert, daß die Eidesleistung nicht gesetzlich ungiltig sei. (§. 492 des St.G.B.) Ueber die Gültigkeit oder Ungültigkeit können ebenfalls nur Rechtskundige entscheiden.

Aehnliche Rechtsverhältnisse kommen bei dem Betrug zur Sprache. Es fragt sich bei §. 450

> lag eine besondere Rechtspflicht zur Angabe der Wahrheit vor?
>
> Bei §. 452*) wurde die Uebervortheilung durch eine vorsätzliche Täuschung der Art, daß sie nach dem bürgerlichen Rechte Richtigkeits- oder Entschädigungsklagen begründen, unter Umständen bewirkt, aus denen hervorgeht, daß der Täuschende sich zugleich den Entschädigungsansprüchen des Andern zu entziehen sucht, oder daß er doch sein Unvermögen zur Entschädigungsleistung bei künftiger Erhebung jener Klagen vorausgesehen haben müsse?

Fragen, welche unstreitig in das Civilrecht einschlagen, und oft von Juristen schwer zu beantworten sind.

Auch das Verbrechen der Bigamie setzt voraus, daß eine zweite Ehe geschlossen wurde, während eine frühere gültige eheliche Verbindung noch fortbesteht. Ich halte es für überflüssig, die Verbrechen sammt und sonders aufzuführen, bei welchen das Vorhandensein einer strafbaren That von der rechtlichen Würdigung thatsächlicher Verhältnisse abhängt, ich gebe ferner zu, daß auch der Frage über die Gültigkeit (beziehungsweise Ungültigkeit) concrete Thatsachen zu Grunde liegen, welche die Geschworenen mit Sicherheit beantworten werden (z. B. bei dem Meineide die Thatsache der vollständigen oder unvollständigen Aufnahme der Eidesformel in die Urkunde über die Eidesleistung oder der Unterschrift — be-

---

*) S. Bekk, Anmerkungen zu dem Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 S. 78.

*) In den Annalen XXI. S. 361 und 362 wird diese Fragstellung als üblich bezeichnet. M. vgl. Magazin für die badische Rechtspflege und Verwaltung Bd. I. H. 2. S. 300 u. f. Es läßt sich übrigens gegen den Ausdruck: „schuldig oder nichtschuldig" nichts erinnern, wenn man ihn als gleichbedeutend mit: „überführt — überwiesen" annimmt, und nur da gebraucht, wo er zum Inhalt der Frage paßt.

ziehungsweise Bestätigung des Protokolles durch den Schwörenden) die Feststellung derselben durch den Wahrspruch der Geschworenen somit kein auf Rechtsbegriffe sich stützendes Urtheil enthalte — aber ich halte es für unmöglich, die Geschworenen überall auf die Beweisfrage zu beschränken und sehe die Aufgabe des Schwurgerichtshofes, die Thatfragen von den Rechtsfragen zu trennen, für eine höchst schwierige, in manchen Fällen sogar nicht ausführbare an*).

Versetzt man die Aerzte und Kunstverständige in die Kategorie der Zeugen, deren Aussagen nur jenen Werth haben, welchen die Geschworenen ihnen beizulegen geneigt sind, so erblicke ich darin eine weitere Unvollkommenheit des Instituts, weil kein Grund vorliegt, ihnen auf dem Gebiete der Kunst nicht dieselbe Superiorität einzuräumen, welche den Rechtsgelehrten und Geschworenen bezüglich auf den diesen Beiden angewiesenen Wirkungskreis zukömmt, und auch wirklich frei von jedem Eingriff in ihrem ganzen Umfang ausgeübt wird.

§. 7.

Anders verhält es sich in England. Das Verdikt der Jury in England umfaßt nemlich den Rechtspunkt, wie die Thatfrage — das „schuldig" in seinem vollen Umfang — und heißt Generalverdict. So oft sie über den Rechtspunkt, oder über das Gesetz nicht im Klaren ist, steht es ihr frei, ihr Verdict lediglich über die Thatfrage zu geben und den Rechtspunkt unentschieden dem Urtheile des Gerichtshofes zu überlassen. Dies Verdict heißt Spezialverdict. Ein Richter leitet die Verhandlung und erklärt den Geschworenen das auf den Fall bezügliche Gesetz. Beharrt die Jury auf ihrem Verdict, und fällt solches gegen den Beschuldigten aus, so muß der Richter demselben schlechterdings Folge leisten, also die gesetzliche Strafe über den Verbrecher aussprechen. Die Gesetze sind einfach und klar. Ihr Wortlaut entscheidet; um die Absicht des Gesetzgebers bekümmert sich Niemand. Sie empören durch ihre Härte das Rechtsgefühl der Laien und Juristen.

Außer der Cassation gibt es noch weitere Fälle der Berufung an den obersten Criminalgerichtshof — beziehungsweise der Beschwerdeführung bei demselben.

Ueber den Geist, welcher sich in der Verhandlung offenbart, äußert sich Dr. J. B. v. Hornthal*) S. 163 seines Werkes dahin:

„Die Angeklagten begegnen in der That überall nur ermuthigenden Blicken. Sind sie schuldlos, so vermag das Publikum kaum den Augenblick ihrer Befreiung zu erwarten; schuldig, so sind sie der Gegenstand allgemeinen Beklagens, und ebenso allgemein wünscht man beinahe ihre Entlassung. Weit entfernt, mit gehässiger Freude die Beweise für das angeschuldigte Verbrechen aufzusammeln, ist man vielmehr bemüht, alles ihnen irgend Günstige aufzufinden. Nicht nur werden sie niemals befragt; man läßt sie sogar nicht einmal zum Worte kommen, wenn sie in für sie nachtheilige Einzelheiten eingehen wollen, der Gerichtschreiber, die Advocaten, ein wohlwollendes Murmeln des Publikums, der Richter selbst, Alles fordert sie auf, zu schweigen, und nicht selbst die feindseligen Waffen darzubieten. Man möchte sagen, alle Herzen seien in allgemeiner Verschwörung gegen die Strenge der Gesellschaft, gegen die Gerechtigkeit selbst, und Jeder bestrebe sich ihr ein Opfer zu entreißen."

Diese Eigenthümlichkeiten des englischen Criminalprocesses lassen sich nicht auf unsern Boden verpflanzen.

Unsere Strafgesetze sind human. Sie stehen auf einer Höhe, zu welcher der schlichte Bürger aller Anstrengung zum Trotz — nicht gelangen kann. Sie sind nicht auf die Verwaltung der Justiz durch Geschworene, sondern auf die Verwaltung derselben durch ständige, mit rechtsgelehrten, von dem Staatsoberhaupt bestellten, Richtern berechnet. —

(Schluß folgt.)

---

*) M. vergl. v. Krävell a. a. O. S. 429—432.

*) Die peinl. Rechtspflege und der Geist der Regierung in England von Dr. J. B. v. Hornthal, ordentl. Prof. der Rechte zu Freiburg, Jahrg. 1821.

Berichtigung.

In No. 6 S. 45 Sp. 2 Z. 30 von oben sind hinter Forderung die Worte „als diejenige" einzuschalten.

Sodann wolle

S. 47 Sp. 1 Z. 4 von oben „anderseits" statt „andernfalls,"
S. 48 Sp. 1 Z. 10 von unten „meist" statt „nicht,"
S. 48 Sp. 2 Z. 18 von oben „vergibt" statt „vorgibt"

gelesen werden.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 10.** Mannheim, 3. März 1855.

I.

Das schwurgerichtliche Verfahren im Allgemeinen und im Hinblick auf dessen Erfolg in unserm Lande.

(Schluß.)

Die richteramtliche Gewalt soll nicht ausschließlich den Geschworenen zugeschieden, sie soll auf eine dem Zwecke der Justizpflege entsprechende Weise zwischen den Geschworenen und dem Schwurgerichtshofe getheilt sein *).

Läßt man bei uns das Princip der Trennung fallen, weil sich der konsequenten Durchführung desselben Hindernisse entgegenstellen, so steht zu erwarten, daß die Geschworenen die Rechtsfragen nicht nach dem Gesetz, von welchem sie durch den Unterricht, welcher ihnen im Laufe der Verhandlung ertheilt wird, eine höchst dürftige Kenntniß erlangen, und in dessen Geist sie niemals eindringen werden, sondern nach eigenen Heften entscheiden. Daß bei einer solchen Justiz kaum noch von einem positiven Strafrecht, von dem Studium und der wissenschaftlichen Pflege desselben die Rede sein könne, bedarf keiner Ausführung.

Mögen Andere behaupten, daß es ein Fortschritt in der Civilisation sei, wenn man es dahin bringt, daß die Geschworenen über Jus und Factum durch ihr allgewaltiges „schuldig“ in erster und letzter Instanz entscheiden, und ein mit Rechtsgelehrten besetzter Gerichtshof sein Vorrecht, die rechtlichen Folgerungen aus concreten Thatsachen zu ziehen, einem ihm an die Seite gestellten, von der Kunst juridischer Beredtsamkeit bedrohten Collegium von Laien abtreten muß; — ich vermag es nicht, freue mich vielmehr, daß man selbst in Frankreich nicht geneigt ist, die Unterscheidung der Thatfrage von der Rechtsfrage aufzugeben, und den Geschworenen einen Wirkungskreis einzuräumen, dessen ungebührliche Ausdehnung die Herrschaft des Gesetzes zu brechen geeignet wäre.

§. 8.

Werden die Geschworenen auch in Zukunft unsern Erwartungen entsprechen?

Allerdings, wenn man ihre Theilnahme an dem Richteramt in peinlichen Sachen auf die Thatfragen beschränkt, und der Fragestellung eine Belehrung über die einschlagenden Rechtsbegriffe vorausschickt *), damit sie die Bezie-

---

*) Ich will keineswegs in Abrede stellen, daß das Gesetz sich über das Princip der Trennung — über den Umfang, den es dem Ausdruck „Schuldig“ oder „Nichtschuldig“ zugedacht hat — deutlicher hätte erklären sollen, als dieß durch den §. 96 des Einf.-Gesetzes geschehen ist. Es steht jedoch mit dem §. 96 noch der §. 115 l. 3 in Verbindung und aus diesem scheint mir ganz unzweifelhaft hervorzugehen, daß der Gesetzgeber die Geschworenen auf die Feststellung der Thatsachen beschränken, ihnen dagegen jedes Urtheil über die Beziehung des thatsächlichen Verhaltes zu dem Strafgesetze entziehen wollte. Der §. 102 gewähret eine Schranke gegen die Folge des Irrthums in Ansehung der Auffassung thatsächlicher Verhältnisse (der Beweisfrage) aber nicht in Ansehung der rechtlichen Folgerungen, welche sich daran knüpfen. Immerhin verspreche ich mir von dieser Schutzwehe keine sonderlichen Früchte. In unzweifelhaften (evidenten) Fällen werden sich die Geschworenen nicht irren, in zweifelhaften hingegen wird unter 5 Richtern doch einer zu finden sein, der sich auf ihre Seite neigt.

*) Man vergl. die Bemerkungen des Hofgerichtsrathes Stempf in dem Magazine für die bad. Rechtspflege Bd. I. Heft 1. S. 148—149 über die Nothwendigkeit der Gesetzeserläuterung durch den Schwurgerichtspräsidenten. Auch ich halte in manchen Fällen eine Aufklärung über den rechtlichen Gesichtspunct für nothwendig, nicht um den Geschworenen die Entscheidung der Rechtsfrage zu ermöglichen, sondern um ein besseres Verständniß der an sie zu stellenden Thatfragen und eine richtigere Beantwortung derselben zu erzielen.

hung der concreten Thatsache, deren Feststellung ihre Aufgabe ist, zu dem Gesetze, welches der Richter darauf anwendet, kennen lernen, alle Fälle hingegen, wo die thatsächlichen und rechtlichen Momente so eng mit einander verbunden sind, daß eine Trennung derselben nicht statt findet, der Competenz der Schwurgerichte entzieht *).

Die Kreisliste bietet uns eine mehr als hinreichende Zahl intelligenter und gewissenhafter Männer aus allen Volksschichten zur Auswahl für den Geschworenendienst dar. Die Geschworenen dürfen sich durch die Züge des Angeklagten, seine Geberden, sein freches oder bescheidenes Auftreten nicht zu einem grundlosen „Ja," oder „Nein" auf die an sie gestellten Fragen verleiten lassen, sie dürfen sich einem vagen Totaleindruck nicht hingeben. Das Gesetz verlangt von ihnen eine strenge Prüfung der vorgetragenen und erhobenen Beweise. Die Rechenschaft, die sie sich selbst abzulegen haben, unterscheidet sich von jener, welche der Richter abzulegen hat, nur dadurch, daß sie die Erkenntnißgründe, welche dem Wahrspruch zur Unterlage dienen, in ihre Brust verschließen, während der Richter sie offenbart, und der Critik aller Welt unterwirft.

Loyale Gesinnungen findet man bei uns in allen Ständen. Nur die Behauptung, daß die Geschworenen bezüglich auf die geistige Operation, mittelst welcher sie zu der festen Ueberzeugung gelangen, mit dem Richter auf einer Stufe stehen, oder diesem sogar überlegen sind, kann und werde ich nimmermehr zugeben.

Ich wünsche nicht, daß sich diese meine Ansicht bei der Aburtheilung von Preßvergehen **), wo sich häufig ein verwerfliches Herausreißen einzelner inkriminirter Stellen aus der Verbindung, in welcher sie mit andern Stellen der Schrift gebracht sind, und ein Verkennen des aus dem ganzen Inhalt des Werkes sich ergebenden Charakters der Schrift kund gibt, als richtig bewähre. Die Aufgabe, schriftstellerische Werke, welche den Gegenstand einer peinlichen Anklage bilden, auf eine Weise zu prüfen, welche dem Angeklagten die Beruhigung gewährt, daß das, was darin der Wissenschaft, dem Streben nach Wahrheit angehört, gewissenhaft von dem geschieden werde, was der Politik des Verfassers — dem Anstreben strafbarer Zwecke — zur Last fällt, setzt Mittel und Kräfte voraus, die ich dem schlichten Bürger nicht zutraue. Und diese Klasse von Bürgern ruft das Gesetz vorzugsweise zum Dienste, aus ihnen wird stets die eminente Mehrzahl unserer Geschworenen bestehen *).

v. Kettenacker.

*) Z. B. bei der Bigamie, wo die Fragen: war die Ehe, welche der Angeklagte früher einging, gültig? Hat dieselbe gegenwärtig noch rechtlichen Fortbestand, nach dem der Angeklagte sich zum zweitenmal mit einer andern Person trauen ließ? Oder: ist die frühere Ehe durch rechtsgültige Scheidung aufgelöst? aus fremden und einheimischen Gesetzbüchern zu beantworten sind.

**) Was die Geschworenen in Preßsachen leisten, werden wir bei uns erst später erfahren, da der Staatsanwalt seit dem Bestande des schwurgerichtlichen Verfahrens sich noch nicht bewogen gefunden hat, eine höhere Freiheitsstrafe als 6 Monate Gefängniß zu beantragen. (V. §. §. 41. 44 des Einf.Ges.)

*) Diejenigen, welche eine sorgfältigere Auswahl der Dienstpflichtigen für wünschenswerth halten, verweise ich auf die Kreislisten und auf die §§. 49—51. 55. 57. 62—64 des Einf.Ges. Sie werden besonders in den gesetzlichen Befreiungsgründen ein Hinderniß finden, dessen Beseitigung ich nicht beantragen möchte.

II.

1) **Bei der Frage, ob dritter Diebstahl vorliegt, kommen auch die früheren gerichtlichen Bestrafungen wegen Beihilfe zum Diebstahl und wegen versuchten Diebstahls als Rückfälle in Betracht.**

(Annalen XX. S. 346. 347; oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 339 ff.; Annalen XXI. S. 373, XXII. S. 40.

2) **Auslegung eines früheren Urtheils.**

Der großh. Staatsanwalt am Hofgerichte des Mittelrheinkreises führte gegen das von diesem Gerichtshofe am 5. August v. J. erlassene Urtheil J. U. S. gegen Mathias Spinner von Oberkirch, wegen Diebstahls, den Rekurs aus und erwirkte ein abänderndes Urtheil des obersten Gerichtshofs vom 16. Dezember v. J. Die demselben beigegebenen, mit der Beschwerderechtfertigung des großh. Staatsanwalts vollkommen übereinstimmenden Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt beschwert sich gegen das hofgerichtliche Straferkenntniß, weil dasselbe in der vor-

liegenden That nicht einen dritten Diebstahl, sondern nur einen Rückfall in das Verbrechen des Diebstahls mit Strafe belegt, wogegen der Angeschuldigte im Wege der Anschließung geltend macht, daß die That als erster gerichtlich zu ahndender und hiernach zu bestrafender Diebstahl betrachtet werden müsse.

Die Beschwerde der großh. Staatsbehörde erscheint als vollkommen begründet.

Das großh. Hofgericht ging bei der Fassung seines Urtheils von der Ansicht aus, daß der Angeschuldigte durch ein gegen ihn unterm 9. März 1839 ergangenes Erkenntniß nur der Beihilfe zu dem von einem Andern verübten Diebstahle schuldig erklärt worden sei, dieß aber nicht genüge, um den hier in Frage stehenden Diebstahl zu einem Dritten zu bilden, da §. 384 St.G.B. nur dann einen dritten Diebstahl annehme, wenn der Thäter bereits wegen Diebstahls und Rückfalls in solchen, also nicht blos wegen Beihilfe oder Versuchs eines Diebstahls verurtheilt worden sei.

Beide Voraussetzungen sind jedoch nicht richtig. Der §. 184 St.G.B., welcher die gesetzlichen Erfordernisse für die Annahme eines Rückfalls enthält, unterscheidet nicht zwischen vollendetem und versuchtem Verbrechen, zwischen Urheber und Gehilfen, sondern stellt Beides in Bezug auf die Wirkung in dieser Hinsicht sich völlig gleich, und da nun §. 384 in Bezug auf den dritten Diebstahl nichts besonderes vorschreibt, vielmehr nur allgemein des Diebstahls und Rückfalls in solchen erwähnt, und somit dessen Begriffsbestimmung aus den vorhergegangenen Vorschriften als bekannt unterstellt, so ergibt sich schon hieraus, daß der Gesetzgeber beim dritten Diebstahle nur eben die bereits in §. 184 niedergelegten Bestimmungen angewendet wissen wollte, womit denn auch der Grund der Gesetzesbestimmung im Einklang steht, da bei dem Versuche, wie bei dem vollendeten Verbrechen, bei dem Urheber, wie bei dem Gehilfen, derselbe verbrecherische Wille, derselbe Hang zur Uebertretung des Strafgesetzes vorhanden ist.

Läge hiernach in dem unterm 9. März 1839 abgeurtheilten Verbrechen wirklich nur eine Beihilfe, so müßte sie im Verhältniß zu der jetzt in Frage stehenden Handlung doch immerhin als eine ihrem Grunde nach gleiche That erachtet und Letztere als dritter Diebstahl bestraft werden. Allein auch die erstere Voraussetzung erscheint nicht begründet.

Das Urtheil vom Jahre 1839 erkennt den Angeschuldigten der „Theilnahme" des bei Heizmann begangenen Diebstahls schuldig. Hierdurch ist denn unzweideutig ausgesprochen, daß Mathias Spinner den Diebstahl nicht allein verübt hat, daß vielmehr eine Mehrheit von Personen sich bei der Entstehung des Verbrechens betheiligt hat; dagegen ist die Art der Betheiligung jedes Einzelnen damit nicht ausgedrückt; am allerwenigsten aber, daß der urtheilende Richter nur eine Beihilfe darunter verstanden haben wollte. Daß dies auch wirklich nicht der Fall war, daß der urtheilende Richter den Mathias Spinner als Miturheber des Diebstahls, — obwohl als minder strafbar — erachtete, dieß ergibt sich theils aus den Entscheidungsgründen desselben, wornach die That in der Weise bezeichnet wird, daß beide Theilnehmer Frucht mitgenommen haben, Spinner dagegen dabei nur insofern mitgewirkt hat, daß er einen Antheil davon zugesichert erhielt, wenn er dazu schweige, während der andere Theilnehmer die Frucht allein nach Hause trug, theils und insbesondere aber aus dem übrigen — jenen zu Grunde liegenden — Acten-Inhalte, namentlich aus dem eigenen Geständnisse des Spinner, wonach es unter ihnen verabredet war, daß Spinner die Hälfte der Frucht erhalte, weil er zu der Sache nichts sage, und darauf der Andere die Frucht nach Hause trug. —

Der Strafrichter hat hiernach damals eine verbrecherische Verbindung zweier Theilnehmer bei der Entstehung des Diebstahls, dabei aber eine mindere Thätigkeit, und damit auch geringere Stafbarkeit des Mathias Spinner angenommen, somit damals ganz so erkannt, wie nach der neuen Strafgesetzgebung — der §§. 119. 125—127 des St.G.B. — im gleichen Falle erkannt werden müßte, und es auch mit den gemeinrechtlichen Strafbestimmungen übereinstimmt.

Die erste gerichtliche Verurtheilung des Angeschuldigten erfolgte sonach wegen intellektueller Urheberschaft eines Diebstahls, und es muß deßhalb eine unterm 23. Juni 1846 abgeurtheilte Entwendung, obwohl der Betrag nur 12 kr. war, gemäß §. 477 St.G.B. dennoch als Diebstahl — beziehungsweise als Rückfall in Jenen vom Jahr 1839 *); die vorwürfige That aber nach §. 384 St.G.B. als dritter Diebstahl in Betracht kommen, wofür die im

*) Die Argumentation, daß der gerichtlich bestrafte Diebstahl vom Jahr 1846 nur wegen der vorausgegangenen Bestrafung vom Jahr 1839 als Diebstahl gelten dürfe, hängt mit der in Annalen **XXI.** S. 373 bekämpften Ansicht zusammen, welche, wie uns scheint, dort vollkommen widerlegt ist.

D. E.

Urtheile bemessene Strafe (acht Monate geschärftes Arbeitshaus und einjährige Stellung unter polizeiliche Aufsicht) in Betracht, daß auch ein Erschwerungsgrund vorliegt, sich nach Ansicht der §§. 384 Z. 1 385. Z. 15 386. 480. 481 St.G.B. vollkommen rechtfertigt.

Die Hinfälligkeit der Beschwerde des Verurtheilten ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst.

Aus diesen Gründen und gemäß §. 351 St.Pr.Ord. wurde, wie geschehen, erkannt.

X.

III.

Capitalsteuerdefraudation.

Nach der in diesen Blättern (Jahrg. 1854 S. 408 409) mitgetheilten, von großh. Hofgericht am Mittelrhein in einem Specialfall adoptirten Ansicht, soll nur derjenige wegen Capitalsteuerdefraudation strafbar sein, welcher:

1) eine Capitalsteuererklärung von freien Stücken eingereicht, jedoch weniger Capitalien angegeben hat, als er wirklich besaß, oder

2) auf die vom Schatzungsrath nach Art. 13 des Gesetzes geschehene Mahnung hin keine Erklärung abgegeben hat und daher so angesehen werden muß, wie wenn er erklärt habe, keine steuerbaren Capitalien zu besitzen.

Dagegen soll straffrei ausgehen:

3) Derjenige, welcher, obwohl im Besitze steuerbarer Capitalien befindlich keinerlei Capitalien fatirt und bezüglich dessen der Schatzungsrath die Mahnung nach Art. 13 des Gesetzes unterlassen hat.

Die letztgedachte Ansicht ist nun offenbar unrichtig; sie entspricht weder den Worten, noch weniger aber dem Geiste des Gesetzes. Der Art. 13 behandelt nur den speciellen Fall, wenn der Schatzungsrath Kenntniß hat, daß Jemand steuerbare Capitalien besitzt, sie jedoch nicht fatirt hat. Das Nähere über die Strafbarkeit der Steuerunterschlagung enthält nicht dieser, sondern der Art. 16 des Gesetzes.

Die Eingangsworte dieses Art. nehmen nun aber keinerlei Bezug auf Art. 13, sondern verfügen unbedingt und allgemein, daß derjenige strafbar sei, welcher Capitalien, über deren Besitz er sich nicht täuschen konnte, in seiner Erklärung anzuzeigen unterlassen oder den Schatzungsrath durch irrige Angaben getäuscht hat. Das Gesetz hat daher schon nach seinem Wortlaut auch denjenigen mit Strafe bedroht, welcher seiner Pflicht nach Art. 11 des Gesetzes, seine Kapitalsteuererklärung von selbst einzureichen, zuwider, seinen Capitalbesitz geradezu verschwiegen hat.

Noch mehr aber steht jener Ansicht der Geist des Gesetzes entgegen:

Die Verpflichtung, sein der Capitalsteuer unterworfenes Einkommen von selbst anzumelden, ist nach Art. 11 ganz allgemein und hat auch das Gesetz in Art. 13 dem Schatzungsrath die Auflage gemacht, alle die er im Besitz von steuerbaren Capitalien weiß, an Einreichung ihrer Capitalsteuererklärung zu mahnen, so läßt sich daraus doch nicht folgern, daß nun die Capitalbesitzer, welche der Schatzungsrath als solche nicht kennt und darum auch nicht mahnen kann, straflos bleiben sollen, wenn sie eine Erklärung nicht abgeben. Das Gesetz würde vielmehr als offenbar unangemessen, ja als unvernünftig bezeichnet werden müssen, wenn es gerade die straflos hätte ausgehen lassen wollen, bei denen die Nichteinreichung einer Fassion am bedenklichsten ist, weil man sie als Capitalbesitzer nicht kennt, also auch nicht überwachen kann. Auch wäre es sonderbar, zu unterstellen, das Gesetz wolle den nicht bestrafen, welcher der gesetzlichen Vorschrift gar nicht genügte und sein ganzes Capitalvermögen durch Nichtanmelden der Steuer entzogen hat, dagegen denjenigen als Defraudanten verfolgt wissen, der nur einen Theil seines Capitals unversteuert ließ.

Wie wollte man dem Gesetze eine solche Ungereimtheit und damit zugleich eine solche Milde zutrauen, während es doch in dem nämlichen Art. 16 Absatz 2 die juristisch exorbitante Härte in sich aufgenommen hat, daß die Strafe selbst gegen die Erben zu verfügen ist? und wo läßt sich in der ganzen übrigen Steuergesetzgebung eine solche Anomalie oder in den, dem Capitalsteuergesetz vorausgegangenen Verhandlungen die Spur einer Absicht entdecken, eine solche exorbitante Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen?

Unter allen Umständen mußte aber doch die Straflosigkeit auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben, in welchen der Angezeigte darzuthun vermöchte, daß der Schatzungsrath von seinem Capitalbesitz Kenntniß hatte

und gleichwohl das gesetzlich vorgeschriebene Mahnverfahren unterließ.

Darum ist denn auch jene Ansicht des großh. Hofgerichts am Mittelrhein völlig neu; sie ist anderweit, soweit dem Einsender bekannt, noch nicht aufgetaucht und nur in einem bei großh. Hofgericht zu Mannheim entschiedenen Falle wurde sie von den Betheiligten geltend gemacht, von diesem Gerichtshofe aber in dessen Urtheil vom 21. April 1854 als unrichtig verworfen, worüber die bezüglichen Entscheidungsgründe Folgendes besagen:

„Die Behauptung der Recurrenten, daß eine Bestrafung wegen Capitalsteuerdefraudation nur dann eintreten könne, wenn das in Art. 13 des Gesetzes vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden und dennoch eine Capitalsteuererklärung unterblieb, ist unrichtig, weil das in Art. 13 jenes Gesetzes vorgeschriebene Verfahren selbst verstanden und wie auch das Gesetz ausdrücklich besagt, nur unter der Voraussetzung Platz greifen kann, daß der Schatzungsrath davon Kenntniß hat, daß ein Steuerpflichtiger im Besitze eines der Capitalsteuer unterworfenen Capitals, oder eines dieser Steuer unterworfenen Bezuges ist, gleichwohl aber eine Erklärung nicht eingereicht hat und weil, wenn der Schatzungsrath eine solche Kenntniß nicht besitzt, derselbe sich überhaupt nicht in der Lage befindet, eine Mahnung an die Steuerpflichtigen ergehen zu lassen. Für solche Steuerpflichtige muß es an dem nach §. 5 der Vollzugsverordnung vom 13. Mai 1850, vom Schatzungsrathe zu erlassenden öffentlichen Aufrufe genügen, indem sonst derjenige, welcher seine Capitalien nur theilweise angegeben und versteuert hätte, in einer ungünstigeren Lage sein würde, als derjenige, welcher seine Capitalien gänzlich verschweigt, und weil es nach Maasgabe des Art. 16 Absatz 2 des Gesetzes vom 30. März 1850 unzweifelhaft die Absicht des Gesetzgebers nicht war, denjenigen nicht strafen zu lassen, welcher sich jeder Steuerentrichtung entzieht."

E.

IV.

Ueber die Stellung des Vertheidigers.

Im ersten Hefte des Magazins für badische Rechtspflege sagt Hofgerichtsrath Stempf:

Man muß anerkennen, daß unsere Anwälte einmal zur Dienstleistung als Vertheidiger berufen, gewissenhaft und unverdrossen thun, was ihres Amtes ist; freilich kommen Fälle vor, wo es schwer ist, über den Gegenstand der Aufgabe als Vertheidiger sich klar zu werden, so namentlich bei Gewohnheitsdieben, und in solchen Fällen geschieht es immer noch, daß Vertheidiger sich veranlaßt sehen, den Geschworenen in einem Eingang zur Vertheidigung die Stellung des Vertheidigers von Amtswegen gleichsam zu ihrer Entschuldigung zu beleuchten.

Es ist allerdings schlimm, daß die öffentliche Meinung in Baden noch nicht genugsam aufgeklärt, und mit dem Wesen des Gerichtsverfahrens zu wenig bekannt ist, um die Aufgabe der Vertheidigung, und die Stellung des Anwalts richtig würdigen zu können. In England, in Frankreich und den deutschen Ländern des linken Rheinufers weiß der ungebildetste Landmann, daß der Vertheidiger vom Gesetze zum Schutze gegen jedes mögliche Unrecht, welches den Angeklagten treffen könnte, aufgestellt wird. Dort ist deßhalb die Vertheidigung geachtet, und von Verdächtigungen und Argwohn frei. In Baden scheint man sich an die seit den ältesten Zeiten geheiligte Unantastbarkeit des Vertheidigers nicht gewöhnen zu können. Die Schuld liegt wohl nicht in unsern Anwälten, welche sich getrost auf das Zeugniß der Gerichtshöfe berufen können, sondern es dürfte die Ursache anderswo zu suchen sein.

Das Gesetz schreibt vor, daß jedem Angeklagten, der vor dem Schwurgerichte erscheint, ein Vertheidiger von Amtswegen beigegeben werden muß. Diese Vorschrift ist nicht neu; sie besteht überall, wo öffentliches Strafverfahren eingeführt ist, sie bestund sogar schon im geheimen Inquisitionsverfahren bei schweren Verbrechen. Der Grund und Zweck der Vorschrift ist, daß dem Angeklagten gegenüber der Staatsbehörde, die ihn anklagt, eine gewisse Gleichheit der Waffen, ein Schutz gegen jede Verletzung des Gesetzes, ein rechtsverständiger Beistand zur Geltendmachung aller vorhandenen Vertheidigungsmittel beigegeben werde, damit Niemand ohne Schuld, oder über seine Schuld Strafe erleide. Die Pflicht und Aufgabe des Vertheidigers liegt aber darin, nicht nur, wie Stempf in dem oben angeführten Aufsatze sagt, „sich auf das Vorbringen derjenigen Zweifelsgründe zu beschränken, welche sich aus dem Falle ergeben," sondern der Vertheidiger muß überhaupt Alles dasjenige zu Gunsten des Angeklagten vorbringen, was nach seiner Ueberzeugung der Wahrheit gemäß gesagt werden kann.

Der Vertheidiger ist nicht Richter, er ist Parthie, weil ihm das Gesetz diese Stellung angewiesen hat. Er muß nach der Lage des einzelnen Verhältnisses sich dem Vertheidigungssystem des Angeschuldigten selbst anschließen oder es verlassen, überall dasjenige aufsuchend, was ein freisprechendes, oder wenigstens ein milderndes Urtheil herbeiführen mag. So darf der Vertheidiger nicht nur, er muß sogar etwaige Formverletzungen, die in dem Verfahren vorkommen, benützen, Gesetzesauslegungen geltend machen, die für den Angeklagten sprechen, Verdachtsgründe bekämpfen, und Entschuldigungsmomente hervorheben. Er kann sogar in den Fall kommen, ein nicht gehörig unterstütztes Geständniß seines Clienten anzufechten. Der Vertheidiger kann veranlaßt sein, durch außergerichtliche Erkundigungen Entlastungsbeweise aufzusuchen.

Wie sehr man bei uns gegen andere Länder in der richtigen Beurtheilung zurücksteht, mag folgendes Beispiel zeigen. Ein Vertheidiger hatte einem ihm bezeichneten Zeugen schriftliche Fragen überschickt, und diese Fragen nebst der von dem Zeugen beigesetzten Antwort dem Gerichtshofe vorgelegt. Dieses Verfahren erlaubte sich der Untersuchungsrichter, ein „nicht ehrenhaftes" zu nennen, und der Gerichtshof fand sich nicht veranlaßt, diesen Ausdruck zu mißbilligen.

Feste, für alle Fälle passende Formen und Schablonen können nicht aufgestellt werden. Was aber der Vertheidiger in der gewissenhaften Ausübung seiner Pflicht thut, selbst wenn er den unrichtigen Weg einschlägt, hat so lange gerechten Ausspruch auf Anerkennung, als seine Mittel nicht mit dem Gesetze selbst, und mit den guten Sitten im Widerspruch stehen.

Daß der gemeine Mann in Baden dieß jetzt noch nicht vollkommen begreift, ist bei der geringen Stufe der Ausbildung für das öffentliche Leben nicht auffallend. Viel mögen auch die Verfolgungen und Verdächtigungen beigetragen haben, welche einige längst exilirte Anwälte ihrem Stande als Erbstück zurückgelassen haben. Die Zeit und der vernünftige Fortschritt, wie man es nennt, werden dem Anwaltsstand auch die gebührende Achtung verschaffen, und das Volk über die wahre Stellung des Vertheidigers aufklären. Daß aber diese Aufklärung schneller herbeigeführt werde, daß das Institut des Vertheidigers, welches nicht nur das positive Gesetz, sondern natürliches Recht und Vernunft nothwendig machen, in seiner Wirksamkeit nicht gehemmt werde, dies liegt großentheils auch in der Hand derjenigen Personen, welche neben dem Vertheidiger bei dem Schwurgerichte thätig sind.

Der Schwurgerichtspräsident kann nicht nur durch die äußere Achtung, die er dem Amte des Vertheidigers erzeigt, sondern auch durch die Art und Weise, wie er seiner Mitwirkung bei der Beweiserhebung möglichst freien Raum läßt, wie er bei dem Resume die vorgebrachten Vertheidigungsgründe unparteiisch, und in gleicher Linie mit den Anklagmomenten erwähnt, wesentlich dazu beitragen, die öffentliche Meinung zu belehren, und Vorurtheile zu beseitigen.

Insbesondere aber ist es der Staatsanwalt, welcher vorzugsweise Gelegenheit hat, durch die offene Anerkennung der Gleichberechtigung seines Gegners, durch ruhige leidenschaftslose Haltung die Aufgabe des Vertheidigers zu erleichtern, und ihm die vom Gesetze angewiesene Stellung zu wahren. Wenn freilich ein Staatsanwalt es sich zur Aufgabe macht, die Staatsanwaltschaft allein als Vertreterin des Gesetzes anzuerkennen, und dagegen die Vertheidigung als Schein und Trug darzustellen, wenn der Staatsanwalt öffentlich und ohne Rüge von Seiten des Schwurgerichtspräsidenten geradezu die Vertheidiger „die Secundanten der Verbrecher" nennen darf, wenn ein anderer Staatsanwalt es wagt, in einer Zeitschrift (Mag. für bad. Rechtspflege p. 377) geradezu zu erklären, die Seltenheit der Geständnisse vor dem Schwurgerichte sei, „der Schule des Vertheidigers" zuzuschreiben, — dann ist es nicht zu verwundern, wenn der Bürger und Landmann eine ganz schlechte Meinung von dem Amte eines Vertheidigers erhält.

Es mag sein, daß auch einzelne Anwälte selbst ihre Stellung als Vertheidiger nicht richtig aufgefaßt haben; es mag auch schon vorgekommen sein, wiewohl derartige Fälle dem Einsender nicht bekannt geworden sind, daß Anwälte das richtige Maas überschritten, oder die erforderliche Ruhe- und Leidenschaftslosigkeit nicht bewahrt haben. Allein es waren dies gewiß sehr seltene Ausnahmen, die in keinem Falle dem Institute selbst, der vom Gesetze angeordneten Vertheidigung, etwas von ihrem Rechte auf Schutz und Achtung entziehen können.

Der Vertheidiger, der seine Pflicht gewissenhaft erfüllt, wird durch sein eigenes Bewußtsein hinlänglich belohnt sein, und ruhig abwarten, bis Zeit und fortschreitende Entwicklung der öffentlichen Zustände die öffentliche Meinung belehrt haben. Allein er wird nicht zugeben, und darf es zu Ehre seines Standes nicht dulden, daß diese-

nigen, welche der Staat neben ihn als handelnde Personen in den Gerichtssaal gestellt hat, die ihm schuldige Achtung außer Augen setzen.

V.

Widerruf des von dem Bevollmächtigten der Partei in erster Instanz abgelegten Geständnisses in zweiter Instanz.

§. 144 bis 150 d. Pr.O.

Lehrer S. hatte eine Klage auf Entschädigung gegen das frühere Pfandgerichtsmitglied B. erhoben, gegründet auf die Behauptung, daß dasselbe in dem Pfandschreibereizeugnisse, auf dessen Grund er sein Darlehen gegeben, das bereits zu Gunsten des Hospitalfonds Wertheim auf der zu verpfändenden Liegenschaft ruhende Unterpfand verschwiegen habe, und sein Anwalt in erster Instanz die Behauptung des Beklagten, daß in dem Einspruchsverfahren des Hospitalfonds Wertheim gegen Lehrer Schreibeis, die Verweisung des Letztern zum Nachtheil des Erstern betreffend, von Seite des Lehrers dem Beklagten weder der Streit verkündet, noch Berufung gegen das ungünstige Erkenntniß ausgeführt worden sei, ausdrücklich zugestanden. In der Beweisantretung des Klägers in 2. Instanz wurde von Seite des Anwalts desselben bemerkt, daß laut den Akten die Streitverkündung von Seiten des Lehrers Schreibeis allerdings erfolgt und dem Beklagten zugestellt worden sei. Am Schlusse des Beweisverfahrens reichte der Kläger eine förmliche Wiederherstellungsklage deßhalb ein, indem er behauptete, daß das erwähnte Zugeständniß auf einem Irrthum des Anwalts erster Instanz beruhe, er auch einen Eid dahin zu schwören sich bereit erklärte, daß er erst am 3. November 1854, also 3 Tage vor Einreichung der Wiederherstellungsklage Kenntniß von diesem Irrthum erlangt habe.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises wies den Kläger mit seiner Wiederherstellungsklage ab und zwar aus folgenden

Gründen:

Es fragt sich zunächst,*) ob das Begehren des Widerrufs statthaft ist? Dies hängt davon ab, ob die Fristen der §§. 149 und 150 der Pr.O. von dem rechtskräftigen Urtheil an, oder von dem, auf das zu widerrufende Geständniß erfolgten Urtheil an, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft gerechnet werden. Im erstern Falle läge hier, da das unterrichterliche Urtheil nicht rechtskräftig geworden, ein Widerruf während der Verhandlungen vor und wäre derselbe in der nach §. 144 bis 149 d. Pr.O. bezeichneten Form zu begehren und zu verbescheiden; im letztern Fall wäre der Widerruf mit der Berufung nicht vereinbar, da hiezu nach §. 150 d. Pr.O. die Formen der Widereinsetzung gegen rechtskräftige Urtheile erfordert werden, hiezu aber nach §. 1208 d. Pr.O. die Wiederherstellungsklage gegen ein rechtskräftig gewordenes Urtheil und zwar bei dem Gerichte angebracht gehört, von welchem ursprünlich das Urtheil mit Berücksichtigung des Geständnisses gegen das Wiederherstellung gesucht wird, gesprochen worden ist, und, abgesehen von diesen ausdrücklichen Bestimmungen, die Berufung das ergangene Urtheil als fortdauernd bis zu ihrer Verbescheidung, soll sie nicht ihren Gegenstand verlieren, voraussetzt, während mit der Wiederherstellungsklage gerade ein anderes Urtheil erwirkt, mithin das frühere, gegen welches die Berufung gerichtet ist, vernichtet werden soll. Dafür, daß die Fristen der §§. 149 und 150 d. Pr.O. erst von dem rechtskräftigen Urtheile an berechnet werden sollen, spricht aber weder der Wortlaut des Gesetzes, noch dessen Absicht. Denn die Motive von Weiler zur alten Pr.O. (S. 10), welche die gleichen Bestimmungen, wie die neue enthält, geben als Grund derselben an, daß die Zustellung der Urtheile jedesmal an die Partei selbst geschehen müsse, diese also hiedurch veranlaßt werde, nach der Lage der Sache sich zu erkundigen und

---

*) Die erste und entscheidende Frage wäre eigentlich die gewesen: ob der Widerruf bei dem Hofgericht statt finde? Diese Frage mußte, weil das Geständniß, welches den Gegenstand des Widerrufs bildet, in erster Instanz abgelegt worden war, schlechthin verneint werden, da nach §. 144 der Pr.O. Geständnisse immer nur bei dem Richter widerrufen werden können, bei dem dieselben gemacht wurden. Vergl. Annalen XIX. 341. 399. XX. 224.

Das Gleiche gilt, nach §. 1208 der Pr.O., von der Wiederherstellungsklage.

Der Kläger hätte daher diese oder den Widerruf bei dem Unterrichter anbringen und die eingeführte Appellation einsweilen beruhen lassen sollen, weil es einer Entscheidung über letztere nicht bedurfte, wenn er mit dem Widerruf oder Wiederherstellungsgesuch in erster Instanz durchgedrungen wäre.

D. R.

von den Anführungen ihres Anwalts sich in Kenntniß zu setzen, nach 14 Tagen aber kein Grund mehr vorhanden sei, etwas anderes, als eigenes Verschulden der Partei an dem Unterlassen des Widerrufes anzunehmen. Es werden daher die fraglichen 14 Tage von der unterstellbaren Kenntniß des auf das irrige Zugeständniß gebauten Urtheils ohne Rücksicht auf die Frage der Rechtskraft desselben berechnet.

Ist hiernach und nach den oben gegebenen Ausführungen der vorliegende Widerruf lediglich in den Formen der Wiedereinsetzung statthaft, ist aber die deßfalls erhobene Wiederherstellungsklage mit der von dem Kläger bisher festgehaltenen, mithin gleichzeitigen Berufung nicht vereinbar, so muß diese Klage unter Verfällung des Klägers in die dadurch veranlaßten Kosten abgewiesen werden. v. Hillern.

VI.

Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl.

§. 106. 108. 377 St.G.B.

Joh. Bapt. Gremminger wurde vom Hofgericht des Seekreises des Diebstahlsversuches für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt. Er ergriff hiegegen den Rekurs, seine Beschwerde hauptsächlich darein setzend, daß in der von ihm zugestandenen That keine Versuchshandlung, sondern eine nach §. 108 St.G.B. nicht strafbare Vorbereitung liege. Das großh. Oberhofgericht bestätigte jedoch das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Der Angeschuldigte ist geständig, am Abend des 15. Mai v. J. nach der Feierabendstunde im zweiten Stocke des neu erbauten Hauses des Kaufmanns Noppel zu H. eine eiserne Stange, woran mittelst eines Seiles eine Waage im Waarenlager des Noppel befestigt war, mit 2'' hohen Klötzchen unterlegt zu haben, um so leichter im Stande zu sein, die unter der Waage unbefestigt liegenden Dielen hervorzuziehen, und durch die dadurch entstehende Oeffnung in einer Höhe von 12' in das Waarenlager hinabzusteigen, und sodann in dem anstoßenden Laden Geld zu entwenden, sowie daß er später sich wiederholt in das Haus und den zweiten Stock verfügt und hier in der Absicht den Diebstahl zu begehen, sobald Alles im Hause zur Ruhe gegangen sei, bis zu seiner Entdeckung — ungefähr halb 10 Uhr — sich aufgehalten und versteckt habe. Wenn nun auch die erstere Handlung des Rekurrenten wirklich nur als eine Vorbereitungshandlung im Sinne des §. 108 St.G.B. erachtet werden kann, so ist dies offenbar bezüglich der zweiten Handlung nicht der Fall, bezüglich des zweiten Eindringens in das Haus und des Verbergens in der bestimmten Absicht der Entwendung, es liegt hierin vielmehr der erste Schritt zur Ausführung der That selbst, der Anfang der Entwendungshandlung. §. 106 St.G.B. Hgr.

VII.

Die Aufstellung und Ernennung der Vollstreckungsbeamten betr.

Erlaß des großh. Justizministeriums vom 7. Dezember 1854, welcher besagt:

„Die Vorschrift in §. 29 der Verordnung vom 2. Juli 1851, daß die Gebühren der Vollstreckungsbeamten und Gerichtsboten auch von der Armenpartei zu bezahlen seien, bezieht sich nur auf die Partie selbst und wenn auch im Allgemeinen der Anwalt nach §. 25 Abs. 2 derselben Verordnung schuldig ist, die Gebühren für die Zustellungen, die er erhält, auszulegen, so ist er doch in dem Fall hiezu nicht verpflichtet, wenn er von Amtswegen als Armenanwalt einer Partei aufgestellt worden, also nicht in der Lage ist, sich durch einen Vorschuß für seine Auslagen zu decken.“

VIII.

Curiosum.

In der Anklagesache gegen S. Oppenheimer von Schriesheim, welcher wegen einer für unheilbar erklärten Krankheit das Bett nicht verlassen und darum auch nicht vor dem Schwurgericht in Mannheim erscheinen konnte, wurde von dem Anwalte der Civilpartei, weil Gefahr auf dem Verzuge hafte, bei großh. Hofgerichte der Antrag gestellt, zu verfügen:

daß die Schwurgerichtssitzung in der Wohnung des Angeklagten abzuhalten sei!

Berichtigung.

In Nr. 9 S. 66 Sp. 2 Z. 16 ist zu lesen: „verwalten“ statt „verwalten.“ S. 70 Sp. 1 Z. 5 „auflösen“ statt „auslösen.“ S. 72 Sp. 2 Z. 30 ist einzuschalten zwischen „Richtern und berechnet“ „besetzte Gerichte.“

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 11. Mannheim, 10. März 1855.

I.

Einiges aus dem Geschäftsleben des mittelrheinischen Hofgerichtes *).

Der Ueberschrift und dem Zwecke dieser Zeitschrift wird es wohl entsprechen, darin über das Geschäftsleben des einen oder des andern Gerichtshofes Mittheilungen zu machen, insofern solche geeignet sind, zur Erkenntniß unserer öffentlichen Zustände mit beizutragen.

Gleichwie in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern der Geschäfts- und Personalstand des höchsten Gerichtshofes jeweils zur Kenntniß der Leser gebracht wird, so mögen hier einige Zusammenstellungen über den Geschäftsstand und die Thätigkeit des mittelrheinischen Gerichtshofes aus den letzten Jahren eine Stelle finden. Die Geschäftstabelle des verwichenen Jahres weist nach:

A. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Ehesachen.

Am Schlusse des Jahres 1853 waren unerledigt	112	
Dazu kamen im Laufe des Jahres 1854	933	
		1045
Davon wurden im Jahre 1854 erledigt:		
1) durch Urtheil	835	
2) durch Verzicht oder Vergleich	24	
3) durch Verfallenerklärung (§. 1152. 1154 P.O.)	125	
		984
Es gehen somit als unerledigt in das Jahr 1855 über		61

*) Es wäre zu wünschen, daß dergleichen statistische Notizen auch von anderen Hofgerichten mitgetheilt würden. D. R.

Von den durch Oberberufung an den höchsten Gerichtshof gelangten Rechtsstreiten waren am Schlusse des Jahres 1853 noch unerledigt	149	
Im Laufe des Jahres 1854 wurden weiter dorthin überwälzt	160	
		309
Davon kamen im Laufe des Jahres 1854 als erledigt zurück	175	
Es schweben also noch dort unerledigt	134	

Blicken wir auf die Thätigkeit des Gerichtshofes von der Zeit an, da die neue Gesetzgebung ins Leben trat, zurück, so ergibt sich, daß von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erledigt wurden: 1136 Sachen im Jahr 1851; 1297 im J. 1852, 1133 im J. 1853 und 984 im J. 1854. — Eine stetige Abnahme wird daher mit Grund angenommen werden können.

B. Strafsachen.

a) Hofgericht. I. Instanz:

Am Schlusse des J. 1853 waren unerledigt	82	
Dazu kamen im Laufe des Jahres 1854	965	
		1047
Davon wurden im Jahre 1854 erledigt:		
1) durch Urtheil	931	
2) durch Einstellung des Verfahrens nach §. 35 des E.Ges.	76	
Unerledigt sind am Schlusse des Jahres	40	

II. Instanz:

Am Schlusse des Jahres 1853 waren unerledigt	6	
Im Laufe des Jahres 1854 kamen dazu	127	
		133
Davon wurden erledigt	132	
Bleibt unerledigt am Schlusse des Jahres 1854	1	

Vom Hofgerichte in seiner Eigenschaft als richterlicher

Behörde wurden daher im Jahre 1854 1139 Straffachen erledigt.

Von den durch Rekurs an den höchsten Gerichtshof devolvirten Straffachen waren am Schlusse des Jahres 1853 unerledigt	65	
Im Laufe des Jahres 1854 wurden weiter dorthin überwälzt	131	
		196
Davon kamen im Laufe des Jahres 1854 als erledigt zurück	145	
Bleiben sonach dort unerledigt	51	

b) Anklagekammer.

Am Schlusse des Jahres 1853 waren Anträge des Staatsanwalts bei der Anklagekammer noch unerledigt	7	
Dazu kamen Anträge des Staatsanwalts im Laufe des Jahres 1854 über weitere Straffachen	89	
		96
Davon wurden im Jahre 1854 erledigt:		
1) durch Einstellung des Verfahrens nach §. 79 des E.Ges.	28	
2) durch Verweisung an das Hofgericht	40	
3) durch Verweisung an das Schwurgericht	23	
		91
Unerledigt sind am Schlusse des Jahres 1854	5	

Durch Beschwerdeführung gelangten an das Oberhofgericht 2, welche auch im Laufe des Jahres erledigt wurden.

c) Schwurgericht.

Schwurgerichtliche Fälle waren es 23, welche auch sämmtlich durch Urtheil erledigt wurden. In zweien dieser Fälle wurde Kassation ergriffen, welche der Kassationshof im Laufe des Jahres ebenfalls erledigt hat.

Es waren im Ganzen 32 Angeklagte, von welchen 28 verurtheilt, 4 freigesprochen worden sind. (In zwei Fällen erfolgte ein Nichtschuldig, in zwei andern wurde je einer der Angeklagten freigesprochen.)

d) Beim Staatsanwalt

kamen in schwurgerichtlichen Sachen i. J. 1854 245 Untersuchungen ein, wovon 233 erledigt worden sind, und 12 auf das Jahr 1855 übergehen. Im Jahre 1853 war die Zahl der bei dem Staatsanwalte eingekommenen schwurgerichtlichen Untersuchungen 193, wovon 185 erledigt worden sind. Das Jahr 1854 zeigt also gegen das vorhergehende Jahr eine Zunahme von 52 schwurgerichtlichen Verbrechen im Mittelrheinkreise. Ebenso ist eine Zunahme der nicht schwurgerichtlichen Verbrechen offenbar. Denn allein zur Einstellung der Untersuchung (§. 28 Einf.Ges.) wurden dem Staatsanwalte i. J. 1854 448 Untersuchungen eingesendet, während im vorhergehenden Jahre die Summe dieser Untersuchungen nur 304, somit 144 weniger betrug. Dasselbe Resultat, und damit die traurige Gewißheit einer stetigen Zunahme der Verbrechen ergibt sich aus den Zusammenstellungen vom Jahr 1851, dem Zeitpunkte, da die neuen Gesetze ins Leben gerufen wurden, an. Hiernach hat das Hofgericht in Straffachen erledigt: i. J. 1851 1076, (darunter noch Hochverrathsuntersuchungen), i. J. 1852 794, i. J. 1853 909 und i. J. 1854 1139 Untersuchungen.

Aus der Zahl der von der Anklagekammer und von dem Schwurgerichte seit der Einführung des Geschworenengerichts im Mittelrheinkreise erledigten Untersuchungen läßt sich weniger ein gewisses Resultat über Ab- oder Zunahme der schwereren Verbrechen ziehen.

Vor der Anklagekammer wurden erledigt i. J. 1851 58, i. J. 1852 148, i. J. 1853 100 und i. J. 1854 91 Untersuchungen.

Von dem Schwurgerichte des Mittelrheinkreises kamen zur Aburtheilung: i. J. 1851 18, i. J. 1852 49, i. J. 1853 32, i. J. 1854 23 Untersuchungen.

Ein Nichtschuldig erfolgte in 6 Fällen. Im Ganzen auch selten kam es vor, daß von Mitschuldigen der eine oder der andere freigesprochen, oder die Anschuldigung in einzelnen Theilen, wie die Gefährlichkeit eines Diebstahls, von den Geschworenen verneint wurde.

Die Zahl und die Gattung dieser von dem Schwurgericht abgeurtheilten Verbrechen ergibt sich aus folgender Zusammenstellung:

	1851.	1852.	1853.	1854.
Mord	1.	1.	2.	2.
Tödtung im Affekt	2.	1.	3.	4.
Kindsmord	1.	—	—	1.
Gefährliche Körperverletzung (§. 225 z.²)	—	—	—	1.
Nothzucht	5.	3.	3.	2.
Unzucht mit Kindern	1.	1.	1.	—
Gefährlicher Diebstahl . . .	6.	30.	8.	4.
Raub	1.	4.	—	1.

Erpressung	—	—	—	1.
Urkundenfälschung	—	—	2.	1.
Boshafte Zahlungsflüchtigkeit	—	1.	—	—
Meineid	1.	1.	3.	2.
Münzfälschung	—	2.	3.	—
Brandstiftung	1.	5.	3.	2.
Majestätsbeleidigung . . .	—	—	1.	—
Verbrechen der im E.G. §. 41 Ziff. 43 bezeichneten Art .	—	—	3.	2.

Otf.

II.

Zum Gesetze vom 21. April 1849, die Ablösung der Erb- und Schupflehen betr.

1) Die im §. 6 des Gesetzes vorgeschriebene Vervielfältigung mit 18, beziehungsweise 16 findet auch zur Herstellung des Ablösungscapitals für die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren (Handlohn und Sterbfall) statt. §. 7 des Gesetzes.

2) Sie tritt dagegen bei Feststellung des Ablösungscapitals für das Heimfallsrecht nicht ein. §. 8 des Gesetzes.

J. S. Beckert gegen die Gemeinde Buchen wurden diese beiden Sätze bestritten, jedoch von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises angenommen.

Satz II. kann bei der ausdrücklichen Bestimmung des §. 8 des Gesetzes, daß die dort aufgeführten Procente von dem Reste des Gutswerths nach Abzug der Ablösungscapitalien für den Lehenzins und für die bei Besitzveränderungen zu zahlenden Gebühren als Ablösungscapital für das Heimfallsrecht angenommen werden sollen und mit Rücksicht darauf, daß diese Procente nach der durch §. 5 des Gesetzes aufgestellten Dauer des Lehenverbandes den Gutswerth darzustellen geeignet sind, kaum einem Zweifel unterliegen. Dagegen ergeben sich Bedenken bezüglich des Satzes I. aus der Fassung des Gesetzes, insbesondere aus der Stellung, welche der Gesetzgeber der Bestimmung der 18-, beziehungsweise 16fachen Vervielfältigung, zunächst bei Berechnung des Lehenzinses im §. 6 angewiesen hat. Das Hofgericht unterlegte seiner Auslegung folgende Gründe.

Der §. 7 des Gesetzes vom 21. April 1849 sagt nicht, daß das Ablösungscapital des Handlohns im zehnten Theil desselben bestehen solle, sondern daß die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren also zu berechnen seien, daß für den Handlohn der zehnte Theil desselben in Ansatz komme.

Es bestimmt dieser §. daher, indem er von der Unterstellung ausgeht, daß alle 10 Jahre eine Besitzveränderung eintrete, der zehnte Theil des Handlohns mithin die jährliche Leistung repräsentire, speziell für den Handlohn den Werthansatz, wie ihn bezüglich der übrigen Leistungen die §§. 3 bis 6 vorschreiben. Bezüglich des Ablösungscapitals aber muß, in Ermangelung einer anderweiten Bestimmung, die des §. 6 maßgeben und die Vervielfältigung des Werthes mit 18 eintreten.

Diese Auslegung des Gesetzes wird durch die Betrachtung, daß der Gesetzgeber auch bei den günstigsten Absichten für das freie Eigenthum unmöglich den zehnten Theil des Handlohns als Entschädigung für die öfters wiederkehrende Leistung des ganzen Handlohns bestimmt haben konnte, sowie durch den Commissionsbericht des Abgeordneten Junghanns (Verhandlung der 2. Kammer vom Jahr 1847 bis 1849, 9. Beilagenheft S. 72) unterstützt, welcher zu §. 6 des Entwurfs des Gesetzes v. 21. April 1849 bemerkt:

„Nach dem würtemberg. und sigmaringenschen Gesetze beträgt das Entschädigungscapital für Besitzveränderungs- und Theilgebühren das 12fache und für alle übrigen Arten von Grundabgaben und Leistungen das 16fache des durchschnittlichen Jahresertrags nach Abzug des Verwaltungsaufwandes. Ihre Commission schlägt Ihnen aber vor, das Entschädigungscapital so zu bilden, daß der mittelbare Jahresertrag mit 18, beziehungsweise 16 verrechnet werde"

mithin gerade bei dem §. 6, welcher die 18-, beziehungsweise 16fache Vervielfältigung der Leistungen verordnet, auf die Entschädigung für die Besitzveränderungsgebühren nach würtemberg. und sigmaringenschem Rechte vergleichend hinweist und für dieselben, sowie für die übrigen Abgaben einen gemeinschaftlichen Ablösungsmaßstab vorschlägt.

Es spricht für diese Auslegung endlich die Analogie des Gesetzes vom 13. Februar 1851 (Reg.-Bl. vom Jahr

1851 S. 169), welches die Entschädigung für die in den Sätzen 3, 4 und 5 des Art. 1 des Gesetzes vom 10. April 1848 aufgehobenen Besitzveränderungsabgaben feststellt und im §. 8 bestimmt, daß der 12 fache Betrag der ermittelten Entschädigungsrente das Entschädigungscapital bilden solle.

v. Hillern.

III.

Lex anastasiana.

Ist der Schuldner befugt, gegen den auf Zahlung klagenden Rechtsnehmer selbst in dritter Instanz noch von der Gunst des L.R.S. 1699 einredend Gebrauch zu machen?

Huber gegen Winterer.

Am 18. Mai 1847 haben die M. Winterer Eheleute dem M. Heitzmann gegen ein Darlehen von 3254 fl. eine Schuld- und Pfandurkunde ausgestellt, welche nachmals einem gewissen A. Leuthold eingehändigt wurde, um dieselbe nach Belieben zu hinterlegen und Geld darauf zu entleihen.

Leuthold entlieh nun wirklich von L. Huber 650 fl. und gab dafür die Pfandurkunde in Versatz. Nachdem Leuthold später, im Zustande der Zahlungsunfähigkeit, landflüchtig geworden war, suchte die Wittwe und Rechtsfolgerin des L. Huber die Befriedigung ihrer durch Versäumungserkenntniß für liquid erklärten Forderung dadurch zu erlangen, daß sie die öffentliche Versteigerung der Pfandurkunde beantragte, welche am 2. Mai 1853 vor sich ging und damit endigte, daß die Gläubigerin den Zuschlag erhielt.

Die so erworbene Forderung wurde hierauf gegen die M. Winterer Ehelente eingeklagt, welche in dritter Instanz, als Oberappellanten, das ihnen (vermeintlich) zustehende Recht des L.R.S. 1699 durch das Erbieten geltend machten, der Klägerin den Kaufschilling von 750 fl. nebst Zinsen vom 2. Mai 1853 und etwaigen Kosten zu ersetzen; indem sie die Forderung von 3254 fl. als eine streitige bezeichneten und sich auf

Zachariä französisches Civilrecht II. S. 403,
Boileux Coment. zu Art. 1699,
Thilo zu Art. 1699 S. 553,

beriefen, um darzuthun, daß das Recht des L.R.S. 1699 seiner Natur nach in jeder Sachlage, ja selbst noch im Cassationswege geltend gemacht werden könne. Dieses ist jedoch nicht richtig. Wie sich aus dem L.R.S. 1699 in Verbindung mit L.R.S. 1700 ergibt, müßte über den Grund der fraglichen Schuld zwischen Heitzmann und Winterer ein Rechtsstreit anhängig gewesen und während dieses Streits die Forderung an die Wittwe Huber verkauft worden sein, wenn gegen die Letztere das Vorkaufsrecht ausgeübt werden wollte. An diesen Voraussetzungen fehlt es aber hier, wo der Cessionar die Forderung bereits zu Eigenthum erworben hatte, bevor er den Schuldner auf Zahlung belangte. Der Schuldner soll berechtigt sein, den zwischen ihm und dem Gläubiger über den Grund der Schuld entstandenen Rechtsstreit dadurch niederzuschlagen, daß er dem Dritten, welchem die strittige Forderung übertragen wurde, den Ersatz alles dessen anbietet, was dieser dafür gegeben hat.

Wie sollte nun ein solches Niederschlagen des Prozesses da möglich sein, wo kein Streit zwischen dem Schuldner und Gläubiger über die cedirte Forderung herrscht!

Das im Weg der Einrede und zwar gegen alle Ordnung erst in dritter Instanz gemachte Anerbieten fand daher keinen Eingang. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe bemerken hierüber:

„Diese Einrede, womit das Vorkaufs- oder Einstandsrecht ausgeübt werden will, erscheint

1) als unzulässig, weil ihr thatsächlicher Grund — der Zuschlag vom 2. Mai 1853 — nicht erst seit Erlassung des hofgerichtlichen Urtheils entstanden, sondern der gegenwärtigen Klage schon vorhergegangen und in der Vernehmlassung vom 16. August 1853 beklagterseits zugegeben ist. Verg. §. 316 und 632 mit §. 1196 der Pr.O. Jahrbücher n. F. X. 434,
2) als unbegründet, da am 2. Mai 1853 zwischen Heitzmann und Winterer nirgends ein Rechtsstreit über den Grund der Schuld anhängig, wohl aber die Richtigkeit der letzeren von Winterer bereits in dem zwischen ihm und L. Huber — dem Rechtsvorfahrer der jetzigen Klägerin — wegen einer Forderung von 650 fl. verhandelten Rechtsstreite, inhaltlich der amtlichen Protocolle vom 10. April 1848 und vom 18. Jenner 1849 ausdrücklich zugestanden worden war. L.R.S. 1356 und 1700. O. R.

IV.

Fälschung öffentlicher Urkunden.

§. 423 St.G.B.

Zum Thatbestand der Fälschung öffentlicher Urkunden sind vor allen Dingen öffentliche Urkunden nothwendig. Welche Urkunden dahin zu rechnen sind, bestimmt das Landrecht in S. 1317, wonach eine öffentliche Urkunde diejenige ist, die von solchen öffentlichen Beamten, welche den Ort des Geschäfts zu beurkunden berechtigt sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden ist. Aschbach, Commissionsbericht zum Tit. XXXI. und XXXII. des Entwurfs des St.G.B. S. 10. Hiernach erscheint nicht als Fälschung einer öffentlichen Urkunde

1) die Fälschung einer vom Ortsgericht (Gemeinderath) über eine von ihm selbst geleistete Bürgschaft ausgestellte Urkunde, vrgl. Archiv für Rechtspflege und Gesetzgeb. von Duttlinger I. S. 37;
2) die Fälschung eines Steigerungsprotokolls des Gemeinderaths über Veraccordirung von Lieferungen für die Gemeinde, vrgl. oberhofg. Jahrb. n. F. VI. S. 131;
3) die Fälschung von Decreten des Gemeinderaths über Einnahmen und Ausgaben an den Rechner, vrgl. Annalen XV. S. 152 (252);
4) die falsche Beurkundung eines Bürgscheins durch den Bürgermstr., vrgl. oberhofg. Jahrb. n. F. IX. S. 473.

Das großherz. Oberhofgericht hat unlängst bei der Fälschung einer von einem Bürgermeister und Rathschreiber nebst zwei Gemeinderäthen ausgestellten Beglaubigung der Aechtheit einer Privatunterschrift den Thatbestand der Fälschung einer öffentlichen Urkunde als vorhanden angenommen (vrgl. Annalen XIX. S. 200). Mir scheint dieß nicht richtig zu sein, da nicht dem Bürgermeister und Gemeinderath, sondern nur dem Rathschreiber das Recht der Beurkundung in solchen Dingen zusteht. Vrgl. Annalen XV. S. 89 ff., Reg.-Bl. 1837 S. 436 ff. Dagegen fällt unter die Fälschung öffentlicher Urkunden außer der Fälschung gerichtlicher Verfügungen und Protokollen, Staatsschreiberei- und Pfandschreibereiurkunden auch

1) die Fälschung eines Erlaubnißscheins der Musterungscommission für die Haltung eines Hundes, vrgl. oberhofg. Jahrb. n. F. V. S. 314;
2) die Fälschung von Sportelzetteln. In den Annalen XV. S. 152 (252) ist zwar zu zeigen versucht worden, daß die Sportelzettel, d. h. Forderungszettel und Quittungen eines Steuererhebers über bezahlte Sporteln keine öffentlichen Urkunden seien. Allein in Frankreich hat der Cassationshof die Controlen der Finanzbeamten, welche den Fiskus berühren, z. B. die Einnahmetabellen der öffentlichen Einnehmer, die Ausfertigungen der Verwaltung der indirekten Abgaben u. s. w. in Beziehung auf Fälschung für öffentliche Urkunden erklärt. Escher über Betrug und Fälschung S. 319, Note.

Von dem Schwurgerichtshof für den Seekreis wurden kürzlich in der Anklagesache gegen Fr. Joh. Baier die Quittungen eines Steuererhebers über bezahlte Sporteln gleichfalls als öffentliche Urkunden angenommen. Dieser Angeklagte hatte nämlich als Vormund eines Minderjährigen vier Sportelquittungen in der Art verfälscht, daß er die quittirten Beträge im Ganzen um 31 fl. erhöhte. Von diesen verfälschten Sportelquittungen hatte er in der Weise Gebrauch gemacht, daß er dieselben als Ausgabsbelege mit der darnach gefertigten Vormundschaftsrechnung durch die Rechnungssteller dem Amtsrevisorat vorlegen ließ. Wegen dieser Handlung wurde Baier von der Anklagekammer als Urheber der Fälschung öffentlicher Urkunden an das Schwurgericht verwiesen und, da er die Flucht ergriffen hatte, vom Schwurgerichtshof dieses Verbrechens für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt.

Haager.

V.

Kurz gefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

(Fortsetzung.)

L.R.S. 1317. Str.Ges. §. 423.

1) Sind Urkunden, welche von Staatsdienern mit den erforderlichen Förmlichkeiten innerhalb ihres Wirkungskreises ausgestellt worden sind, auch dann als öffentliche Urkunden zu betrachten, wenn das diesen Beamten zugewiesene Geschäft die Betreibung eines gewerblichen Unternehmens zum Gegenstande hat, welches dem Wesen des Staates fremd ist, z. B. die Betreibung eines Hüttenwerks, einer Eisenbahn?

Diese Frage wurde von dem I. Senate des mittelrheinischen Hofgerichts in folgendem Falle bejaht:

Anton Ruthmann, welcher bei der Inspektion der großh. Eisenbahn-Magazine und Werkstätte mit Schreibgeschäften betraut war, und daher die Formen des Geschäftsganges kannte, fertigte eine Urkunde, welche aus folgenden Theilen bestand:

1) eine Rechnung des Metzgers Bauer von Michelfeld über 20 Zentner an das Eisenbahnhauptmagazin gelieferten Talgs,

2) die Empfangsbescheinigung über den gelieferten Talg durch die Materialverwaltung mit Angabe der Geschäftsnummer, und der Stelle des Materialhauptbuchs, wo die Lieferung eingetragen ist.

3) Die Zahlungsanweisung durch die Inspektion ebenfalls mit Angabe der Nummer, und der Stelle, wo solche gebucht ist.

Auf diese falsche Urkunde hin wurde der angewiesene Betrag mit 590 fl. durch eine unbekannte Person erhoben.

Die Anklagekammer verwies Ruthmann wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde vor das Schwurgericht.

L.R.S. 2011. 1144. 1142. 1146. 1184. 1375a.

2) Eine Bürgschaft im gesetzlichen Sinne ist nicht nur dann vorhanden, wenn Jemand sich für die Zahlung einer Geldschuld, sondern auch dann, wenn er sich für Fertigung einer Arbeit, z. B. Aufführung eines Baues verbürgt. Die Pflicht des Bürgen für die Leistung zu haften, begreift alsdann in erster Reihe nicht die Zahlung der Entschädigung in sich, wenn der Schuldner nicht leistet, sondern die Arbeit selbst zu fertigen oder fertigen zu lassen, und er ist zur Entschädigung ohne Arbeitsleistung erst im Falle der Inverzugsetzung oder Vertragsauflösung verpflichtet.

Die Ermächtigung der Verwaltungsbehörden statt des säumigen Contrahenten auf dessen Kosten einen Bau selbst aufzuführen, kann die allein durch den Richter zu gebende Ermächtigung des L.R.S. 1844 nicht ersetzen. Wenn der Gläubiger auf solche Ermächtigung sie selbst gebaut hat, so ist er nicht berechtigt, unter dem Titel einer Entschädigung den Ersatz aller seiner Auslagen ohne vorgängige Vertragsauflösung von seinem Schuldner oder dessen Bürgen zu begehren, sondern er steht dem gleich, welcher wider den Willen eines Andern dessen Geschäfte geführt hat. Er kann daher nur insoweit Ersatz seiner Auslagen begehren, als er durch die eigene Geschäftsführung dem Andern Ausgaben erspart hat.

Synagogenrath Diersburg gegen Geppert.

---

3) Das Urtheil, welches eine Negatorienklage abweist, ist tauglich zur Begründung des durch die Negatorienklage bestrittenen, nun klagend erfolgten Rechtsanspruchs. Dieß nahm das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises an, in folgendem Falle:

Die Gemeinden Hockenheim, Kirrlach und Andere erhoben gegen den Fiskus eine Negatorienklage, als dieser Hand- und Spannfrohnden zu einem Kirchenbau in Hockenheim von ihnen als frohndpflichtigen Gemeinden begehrte. Sie wurden mit ihrer Klage im letzten Rechtszuge abgewiesen. Der Fiskus hatte mittlerweile gebaut, und begehrte Ersatz für seine Auslagen. Seinen Anspruch, daß die früheren Kläger frohndpflichtig seien, begründete er durch das Urtheil, welches sie mit der Negatorienklage abweist.

---

4) Straffchärfungen sind nicht zu erkennen, wenn eine Stiefmutter unter Mißbrauch ihres Züchtigungsrechtes ihre Stiefkinder längere Zeit fortgesetzt mißhandelt hat, und deßhalb auf den Grund des §. 229 St.G.B. bestraft wird; denn diese Mißhandlungen entspringen aus Rohheit, welche eine Gemüthsbeschaffenheit ist, und nicht als eine „schändliche Gesinnung" im Sinne des §. 53 erscheint.

J. U. S. gegen Seuffert.

---

5) Ein Gedicht, welches anläßlich der Auflösung der freien Gemeinde in Graz im Jahr 1849 gegen die „Pfaffen," die „mit Pfaffenlist der Menschheit göttlich reines Bild verhüllen" u. s. w. in schmähender Weise sich verbreitete, war auf den Grund des §. 631a mit Beschlag belegt worden, weil darin gegen den Stand der katholischen Geistlichen Schmähungen enthalten seien. Der Beschlag wurde aufgehoben, weil, wie das Gedicht selbst ausweise, nicht der Stand der badischen katholischen Geistlichen geschmäht war, die katholische Kirche im Allgemeinen als Institution oder Körperschaft, aber nicht durch den §. 631a St.G.B. geschützt sei; insoweit es sich nicht um den Schutz einer Klasse von Staatsbürgern, sondern um Herabwürdigung der Religion handle, so sei nicht §. 631a, sondern §. 583 St.G.B. anwendbar.

---

6) Wenn der Staatsanwalt in einer Preßanklage behauptet, daß durch Erdichtungen, durch Entstellungen der Wahrheit zum Haß oder zur Verachtung gegen die Staatsregierung u. s. w. aufgefordert worden sei, so muß er in der Anklageschrift nicht nur jene Stellen bezeichnen, welche erdichtet sind, und durch welche die Wahrheit entstellt ist, sondern er muß auch den Zustand schildern, wie er sich in Wahrheit verhält, sonst ist seine Anklage nicht begründet. Diese Entscheidung, welche in der Anklage gegen Rieß und Rümmelin im Jänner 1854 gegeben wurde, (siehe oberhofg. Jahrb. n. F. XIII. Bd. S. 411. II.), hat das mittelrheinische Hofgericht in der Anklage gegen Jörg wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung jetzt wiederholt aufrecht gehalten.

Dtf.

VI.

Sind die Geschwisterkinder des letzen Lehenbesitzers befugt, die Belehnung mit einem heimgefallenen Schupflehen und folgeweise auch die Umwandlung desselben in freies Eigenthum (Allodification) zu verlangen?

Zum Schupflehengesetz vom 15. November 1833 Reg.-Bl. No. 48 S. 261.

Obige Frage wurde in Sachen der Crescentia Kastle von Illmensee gegen die Spitalstiftung Pullendorf, Allodification eines Schupflehens betreffend, in allen drei Instanzen verneint. In den oberhofg. Entscheidungsgründen ist hierüber gesagt:

Wenn auch alle Thatsachen, welche in der Klage und den späteren Verhandlungen vorgetragen worden sind, ihre Richtigkeit haben sollten, so fehlt es immerhin an dem einen wesentlichen Erfordernisse, daß die Klägerin zu denjenigen Personen gehört, welche nach Maßgabe des Gesetzes vom 15. November 1833 über die Wiederverleihung der Schupflehen und des Gesetzes vom 21. April 1849 über die Ablösung des Schupflehens (Reg.-Bl. No. 25) ein Recht haben, die Belehnung mit einem heimgefallenen Schupflehen und folgeweise auch die Umwandlung desselben in freies Eigenthum zu verlangen, indem nach dem eigenen Vortrag der Klägerin sie nur ein Geschwisterkind der letzten Lehenbesitzerin ist, als was sie aber nicht unter jene zwei Gesetze bevorzugte Personen gerechnet werden kann. Dieß ergibt sich klar aus dem Gesetze selbst; denn, obwohl der §. 1 des Gesetzes vom 15. November 1833 die Personen, an welche früher eine Wiederverleihung stattgefunden, namentlich bezeichnet und dabei in dritter Reihe allgemein andere Verwandte des letzten Besitzers aufgeführt hatte, beschränkt er doch sofort die Personen, an welche in Zukunft eine Wiederverleihung stattfinden müsse, in dritter Reihe auf die Geschwister des letzten Besitzers, und eben diese Bestimmung findet — durch Hinweisung auf §. 1 — im folgenden §. 3 des Gesetzes statt und wurde vollends im §. 1 des Gesetzes vom 21. April 1849 über die Ablösung der Schupflehen, woraus das Klagbegehren gerade seine Hauptbegründung ableitet, ausdrücklich wiederholt. Das Gesetz wollte hiernach offenbar eine Beschränkung, die Pflicht der Wiederverleihung auf bestimmte Verwandte, und es ist dieß umsomehr als der Wille des Gesetzgebers und als der Sinn des Gesetzes zu unterstellen, als durch diese Gesetze dem Lehenherren eine bisher nicht bestandene Last auferlegt wurde, die somit zu seinem Nachtheile nicht ohne gesetzlichen Anhalt ausdehnend ausgelegt werden darf. Ein solcher Grund liegt aber bei dem schon hervorgehobenen Wortlaute des Gesetzes nicht vor und auch nicht in dem in dieser Instanz klägerischer Seits hervorgehobenen — sonst in anderen Rechtsverhältnissen geltenden — Repräsentationsrechte der Kinder von Geschwistern; zumal als sich aus den Discussionen in den landständischen Kammern klar ergibt, daß es wirklich die Absicht des Gesetzgebers war, durch das Gesetz nicht zu Gunsten anderer und weiterer Verwandten, als die darin bezeichneten, zu bestimmen.

Hgr.

VII.

§. 49 und 71 des Zehntablösungsgesetzes.

Das Mandat, welches §. 49 des Zehntablösungsgesetzes dem Gemeinderath in Betreff der Zehntablösung gibt, erstreckt sich auf die Ablösungsverhandlungen bis zur Festsetzung des Ablösungscapitals, welche um endgültig zu erfolgen, nach §. 53 und 54 des Zehntablösungsgesetzes überdieß der Zustimmung des Bürgerausschusses bedarf. Dieses Mandat ist daher mit endgültiger

Festsetzung des Zehntablösungscapitals erloschen und nicht geeignet, den Gemeinderath zu den bei dem Schlußverfahren vorzunehmenden Handlungen (§. 71 des Gesetzes) zu legitimiren. Nach diesem Paragraphen soll der Bürgermeister die Vermittler (§. 26) der Zehntpflichtigen selbst zur Vornahme derselben zusammenberufen, also nicht den Gemeinderath, welcher nach §. 49 des Gesetzes die Vermittler vertritt; könnte hierüber ein Zweifel bestehen, so würde derselbe dadurch beseitigt, daß §. 71 des Gesetzes auch die Zusammenberufung der Zehntpflichtigen selbst, insofern nicht die Gemeinde die Ablösung vermittelt hat, und nicht die ihrer Bevollmächtigten verlangt, diese aber hinsichtlich des Umfangs ihrer Vollmacht nach §. 49 und 50 des Zehntablösungsgesetzes dem Gemeinderath gleichgestellt sind.

Hofgericht des Unterrheinkreises.
(Gemeinde Adelsheim geg. Hubert).
v. Hillern.

VIII.

In welcher Form muß die Partei, welche die Einrede der kurzen Verjährung vorgeschützt hat, die wirkliche Zahlung versichern?

Obwohl L.R.S. 2275 bezüglich der Bekräftigung der Vermuthung der Zahlung (eine solche ist ihrem Wesen nach die kurze Verjährung) nur von der Zuschiebung eines Eides spricht, so unterliegt es im Hinblick auf L.R.S. 1358a doch keinem Zweifel, daß bei einem Streitgegenstande von geringerem Werthe nur ein Handgelübde gefordert werden kann. Aus der den L.R.S. 1358a insoweit aufhebenden, Bestimmung des §. 572 Pr.O. ergibt sich sodann weiter, daß auch in dem Falle des L.R.S. 2275 bei einem Streitgegenstand von weniger als 50 fl. nur ein Handgelübde zuläßig ist.

Nach dem zweiten Absatze unseres L.R.S. sollen die Wittwen und Erben und deren Vormünder versichern: „nicht zu wissen," ob die Schuld noch unberichtigt sei. Dieß ist eine wortgetreue Uebersetzung des Urtextes, (s'ils ne savent pas que la chose soit due) und die Formel „Nichtwissen" steht im Einklang mit §. 10 der Eidesordnung vom 24. Mai 1802 (Reg.-Bl. 1303 No. I. bis IV.), sowie mit §. 574 der alten Pr.O. Es war die früher übliche Formel und darf nicht als **verba sollemnia** aufgefaßt werden. Demnach muß, da die neuere Gesetzgebung (§. 530 der neuen Pr.O.) aus wichtigen Gründen jene Formel des Nichtwissens für ungeeignet ansah und durch eine andere ersetzte, auch bei der Anwendung von L.R.S. 2275 Abs. 2 die eidliche oder handgelübdliche Versicherung dahin gefaßt werden, daß der Schwörende, sorgfältiger Nachforschung ungeachtet die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß ......

Für diese Ansicht entschied sich das mittelrheinische Hofgericht in dem Erkenntniß vom 12. Januar l. J. in Sachen Schraub gegen Jäger.

Dr. Puchelt.

IX.

Die Verbindlichkeit eines Waldbesitzers, einem Dritten das nöthige Bauholz zu liefern, erstreckt sich auch auf die Lieferung des Holzes zu den Grippen in den Stallungen, als ihrer Natur nach unbewegliche Zugehörden eines Hauses.

Zu L.R.S. 524. 523.

Diesen Grundsatz hat das mittelrheinische Hofgericht durch Urtheil vom 23. November 1854 No. 6281 II. Sen. in dem Rechtsstreit der Gemeinde Sprannthal gegen die Gemeinde Bretten, Holzberechtigung betreffend, ausgesprochen.

Scholl.

X.

1) Der Dritte, welcher einen Rechtstitel besitzt, womit er beide Parteien ausschließen könnte, ist berechtigt, diesen Titel als Nebenintervenient nur zum Ausschluß der einen Partei im Weg der Einrede zu gebrauchen.

2) Der stillschweigende (thatsächliche) Widerruf einer Erbeinsetzung ist bedingt, durch die formelle Gültigkeit der spätern Verfügung über den Nachlaß; besteht die letztere wegen Mangels der Form nicht zu Recht, so verliert der Widerruf seine Wirkung. (Oberhofg. Urth. v. 27. November 1854, Backfisch gegen Groos.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 12. | Mannheim, 17. März 1855.

I.

Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal.

(Fortsetzung. Vrgl. Jahrgang 21, S. 345, 353, 361).

V. Von der Vertheidigung.

Mit Eintritt einer Gesetzgebung, wonach nur der wegen eines schweren Verbrechens Angeklagte, dessen gerichtliche Verfolgung eine Reihe von Staatsbehörden beschäftigt, auf den Grund einer geheimen Voruntersuchung vor öffentlichem Gerichte und gegenüber einem mit Rechtskenntniß, Gewandtheit und Eifer ausgerüsteten, durch seine Stellung bevorzugten Ankläger sich zu verantworten, und dem Ausspruch der Geschworenen sich zu unterwerfen hat, der blos nach innerer Ueberzeugung (zwar nach Maßgabe der vorliegenden Beweise, aber ohne ein maßgebendes Beweisgesetz) gefunden wird und in der Regel unabänderlich ist, mußte die **Vertheidigung** des Angeklagten im (engern Sinne) [58] eine besondere Bedeutung gewinnen.

Unsere badische Gesetzgebung hat diesen wichtigen Gesichtspunkt nicht mißachtet, sie hat vorgesorgt, daß dem Angeklagten in allen schwurgerichtlichen Fällen ein **rechtskundiger** Vertheidiger nicht fehle [59]), daß er in der freien Wahl eines solchen geeigneten Falls sowenig als möglich beschränkt werde, und daß der Vertheidiger der zur Ausübung seines Amtes nöthigen Befugnisse nicht entbehre. Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 83. 86. 133.

Was die **Wahl** eines Vertheidigers betrifft, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß der Angeklagte die zur Bestellung desselben erforderlichen Mittel habe, so hat das Gesetz, hierin weitergehend als manche andere deutsche Gesetze [60]), den Angeklagten nicht an die Person eines **Rechtsanwaltes** oder **geprüften** Rechtsgelehrten, gebunden, ja sogar die Bestellung eines Nichtrechtsgelehrten unter Beigebung eines Anwaltes ihm verstattet. Aus der letzteren Bestimmung dürfte hervorgehen, daß er sich nach Umständen auch wohl **zweier** Vertheidiger bedienen kann [61]), nur daß hiedurch die Verhandlung nicht

---

[58]) Die **formelle** Vertheidigung. Ueber Vertheidigung überhaupt nach Maßgabe der Strafgesetzgebung vom Jahr 1845 ist die zum Theil auch auf das jetzige Verfahren anwendbare Abhandlung in den **Beiträgen** zur Erläuterung der Strafgesetzgebung von Wilhelm **Brauer** und L. von **Jagemann** S. 342 zu vergleichen.

[59]) Hinsichtlich der **Preßverbrechen** und **Preßvergehen** besteht jedoch eine etwas abweichende Vorschrift (Preßgesetz §. 49), welche sich durch die verhältnißmäßig ausgedehnte Zuständigkeit der Schwurgerichte in Bezug auf solche Vergehen rechtfertigt. Ein Vertheidiger wird von Amtswegen hiebei nur dann bestellt, wenn eine **peinliche** Strafe beantragt, oder die Voraussetzung des St.P.O. §. 214 Abs. 4 vorhanden ist. (Eine ähnliche Beschränkung hinsichtlich **aller geringeren** Verbrechen und Vergehen, die vor das Schwurgericht gehören, findet sich im §. 219 des **bayerischen** Schwurgerichtsgesetzes).

[60]) Vrgl. z. B. St.P.O. für **Hannover** §. 73, (nur Advocaten, auf besonderen Wunsch mit Genehmigung des Vorsitzenden auch eine andere Person), Schwurgerichtsgesetz von **Würtemberg** §. 25 (nur Rechtsanwälte, andere **geprüfte** Rechtsgelehrte nur mit Genehmigung unter besondern Voraussetzungen), dsgl. von **Hessen-Darmstadt** §. 113 (nur Advocaten, Verwandte oder Freunde nur mit Genehmigung), St.P.O. von **Weimar**, **Meiningen** u. s. w. §. 197 (nur Anwälte oder sonst von Staatswegen befähigte), **Braunschweig** §. 7 und 100 (nur Advocaten). Vrgl. auch Code d'instruction wie Art. 295.

Die **badische** St.P.O. §. 214 forderte wenigstens einen **Rechtsgelehrten**. Dagegen wurden schon bei den standgerichtlichen Verhandlungen im Jahr 1849 bekanntlich auch nicht rechtsgelehrte befähigte Personen als Vertheidiger zugelassen.

[61]) Das **preußische** Gesetz vom Jahr 1852 Art. 21 gestattet den Beizug eines **weiteren** Vertheidigers, was auch der **englischen** und **französischen** Rechtsübung entspricht. Vrgl. **Glaser** das englisch-schottische Strafverfahren §. 260 und **Rogron** Code d'instruction crim. expliqué zu Art. 294 („d'un conseil") Entscheidung des Cassationshofes vom Dezember 1830.

ungebührlich verlängert werden darf. Die Bestellung eines zweiten Vertheidigers von Amtswegen und insbesondere die Bestellung eines der Arzneiwissenschaft, oder welcher anderen Wissenschaft sonst, kundigen Vertheidigers, kann er dagegen nicht verlangen, wie der höchste Gerichtshof im Einklang mit dem unterrheinischen Schwurgerichtshof in der bekannten Anklagsache gegen Stadelmann ausgesprochen hat [62]).

Wo dem unvermöglichen Angeklagten von Amtswegen ein Vertheidiger beizugeben ist, kann ihm, schon wegen der nöthigen Ordnung bei Vertheilung der bezüglichen Last unter die Anwälte, die Auswahl eines solchen natürlich nicht überlassen werden, indeß ist auf einen etwa vorgebrachten besondern Wunsch in Bezug auf die Person des Vertheidigers, immerhin, soweit es die Verhältnisse gestatten, billige Rücksicht zu nehmen, wenngleich das badische Gesetz dieses nicht besonders vorschreibt [63]). In solchem Sinn pflegt auch, soweit mir bekannt wurde, das unterrheinische Hofgericht gewöhnlich zu verfahren.

Was die dem Vertheidiger einzuräumenden Befugnisse betrifft, so hat unser Gesetz demselben die nothwendigen und üblichen Berechtigungen gewährleistet. Einzelne Bemerkungen über diesen Gegenstand sollen weiter unten beigefügt werden.

Im Allgemeinen ist es schon öfters ausgesprochen worden und darf wiederholt ausgesprochen werden, daß unsere Anwälte sich in ihre neue Stellung als Vertheidiger vor dem Schwurgericht (insbesondere vor dem Mannheimer Schwurgericht) im Ganzen gar bald und gut gefunden haben. Durch die fast 20 Jahre früher eingeführte Mündlichkeit und Oeffentlichkeit in bürgerlichen Streitsachen, namentlich bei den Obergerichten, wozu auch ein mündliches, zu Anfang und gegen Ende jener zwei Jahrzehnte auch öffentliches Verfahren in Preßsachen kam, hatten unsere Anwälte, hierin glücklicher als viele andere deutschen Anwälte, eine gute Gelegenheit, sich im Voraus für das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen heranzubilden. Freilich lag auf der andern Seite auch die Besorgniß nicht fern, daß eine fast blos auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränkte Ausbildung, zumal unter dem Einfluß bekannter Mängel und Auswüchse unseres frühern bürgerlichen Streitverfahrens [64]), das eine Vertheidigung durch ausgedehntes Ableugnen und durch unersprießlichen Formkampf allzusehr begünstigte, anfänglich öfters nachtheilige Rückwirkung auf das System der Vertheidigung äußern möge. Glücklicher Weise hat sich diese Besorgniß, wenn sie etwa mitunter gehegt wurde, nach den im Unterrheinkreise gemachten Erfahrungen keineswegs als begründet gezeigt. Abgesehen von wenigen, ganz vereinzelt stehenden Vorgängen, ließ sich vielmehr auf Seiten der Vertheidiger ein ehrenwerthes, bisweilen sogar eher zu weit gehendes Bestreben erkennen, das offenbar Wahrheitswidrige und Unhaltbare in der Vertheidigung des Angeklagten selbst aufzugeben und die Vertheidigung auf die geeigneten Punkte zu beschränken.

Die näheren Bemerkungen, die sich nun anreihen, sind, dem Plane dieser Erörterungen entsprechend, die Früchte practischer Erfahrungen, gesammelt von einem bestimmten Standpunkt. Um eine Anleitung zur Vertheidigung [65]) kann es sich natürlich hier nicht handeln:

1) Ein vorzüglichstes Erforderniß einer zweckmäßigen Vertheidigung ist eine gehörige Vorbereitung. Gemäß §. 86 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 wird der Angeklagte erst bei der Mittheilung der Anklagschrift aufgefordert, den gewählten Vertheidiger zu benennen. Zugleich ergeht an ihn die Aufforderung, die weitern Auskunftspersonen zu bezeichnen, deren Vorladung in die Sitzung er wünscht.

Dieß hat in sehr vielen Fällen die Folge, daß der Vertheidiger erst dann in Thätigkeit tritt, wenn die Frist zur Benennung weiterer Auskunftspersonen schon umlaufen ist, obwohl gemäß §. 83 des Gesetzes der Vertheidiger auch schon früher vom Angeklagten bestellt werden und

---

Anderer Meinung in Bezug auf das badische Recht ist Mayer in §. 72 seines Strafverfahrens.

Vrgl. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Jahrg. 13 S. 67.

[62]) Oberhofgrichtliche Jahrbücher, a. a. O. S. 61 und Annalen Jahrg. 19, S. 36. Mittermaier erklärt sich für diese Ansicht im Magazin für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 1, Heft 3, S. 429 ...

[63]) Die St.P.O. für Hannover §. 73 schreibt dieß besonders vor.

[64]) Diese Auswüchse zeigten sich übrigens vorzüglich im Verfahren vor den Untergerichten und in der Wirksamkeit der zahlreichen Schriftverfasser.

[65]) Sehr beachtenswerthe Winke hierüber gibt Mittermaier im Magazin für Rechtspflege und Verwaltung B. 1, H. 2, S. 369, H. 3, S. 412.

(nach Eröffnung des Verweisungserkenntnisses) seine Thätigkeit beginnen kann.

Jene Frist zur Bezeichnung von Auskunftspersonen, von andern Gesetzgebungen, nicht in solcher Weise beschränkt, ist an sich wohl allzu kurz [66]); indeß versteht es sich nach Hauptgrundsätzen des Strafverfahrens von selbst, daß jene Frist keineswegs wie eine peremtorische Frist im bürgerlichen Streitverfahren behandelt werden darf, und es kann der angedeutete Nachtheil geeigneten Falls dadurch wieder gutgemacht werden, daß die Vorladung weiterer Personen später noch durch das Hofgericht oder den Schwurgerichtspräsidenten erwirkt wird, ein Auskunftsmittel, wovon auch bei dem hiesigen Gerichtshofe nicht selten Gebrauch gemacht wurde.

Immerhin aber wäre bei der Wichtigkeit der Vertheidigung im Schwurgerichtsverfahren eine gänzliche Beseitigung des erwähnten Uebelstandes wohl zu wünschen.

2) Das Recht der Acteneinsicht ist dem Vertheidiger durch §. 83 des Gesetzes gewährleistet. Daß die hierin, sowie in St.P.O. §. 214, beigefügte Beschränkung („unter Aufsicht") nur auf den Angeklagten, keineswegs auch auf den Vertheidiger bezogen werden darf, ist an sich klar, es geht auch aus dem zweiten Commissionsbericht der II. Kammer und dem Commissionsbericht der I. Kammer der Landstände zum angeführten §. der St.P.O. (§. 196 des Entwurfs) deutlich hervor. Eine besondere Aufsicht sollte nur dem Angeschuldigten gegenüber vorgezeichnet werden, dem Rechtsanwalt konnte und mußte die Gesetzgebung in diesem Punkt das nöthige Vertrauen schenken [67]). Die Vorsitzenden des unterrheinischen Schwurgerichtes haben auch keinen Anstand genommen, den zu Vertheidigern bestellten Anwälten nach Umständen und zur Erleichterung ihres Geschäftes die Acten auf Verlangen für kurze Zeit in ihre Wohnung zu verabfolgen [68]).

Daß aber die Acten nicht zu beliebiger Benützung durch die Vertheidiger auf unbestimmte Zeit in der Kanzlei brach liegen können (wie hie und da wohl voraus gesetzt wurde) kann für Jeden, der den Organismus des schwurgerichtlichen Verfahrens durch Erfahrung näher kennen lernte, keinen Augenblick zweifelhaft sein.

Die Acten sind bald der Anklagekammer, bald dem Hofgericht, bald dem Staatsanwalt, dem Vorsitzenden des Schwurgerichts und dem Vertheidiger nöthig, während gewöhnlich die Zeit drängt, es ist daher eine streng geregelte Ordnung und Eintheilung sehr nothwendig, und der Vertheidiger, welcher die Acten einzusehen wünscht, hat deren Einsicht zu begehren und dabei, soweit möglich, die Zeit, in welcher er die Acten benützen möchte, anzugeben.

Für Abschriften oder Auszüge aus den Acten kann der Vertheidiger gemäß §. 5 der Verordnung vom 17. März 1851 außer der gewöhnlichen Gebühr jedenfalls Ersatz verlangen, soweit solche nach Beschaffenheit des Falles als nothwendige Auslagen gelten können. Bei dem Mannheimer Schwurgericht wurde ein mäßiger Ansatz hiefür jeweils genehmigt. Eine Abschrift der sämmtlichen Protokolle oder des größten Theils derselben kann jedoch nicht als nothwendige Auslage betrachtet werden. [69])

3) Was die Verhandlung vor dem Schwurgericht betrifft, so hat die Gesetzgebung auch hier den Anwälten vertraut, indem es die in Art. 311 des Code d'instruct. crim. und auch in mehreren deutschen Gesetzen [70]) vorgeschriebene regelmäßige Mahnung an den Vertheidiger, nichts gegen Gewissen oder Gesetz zu sagen, und sich mit Anstand und Mäßigung auszudrücken, nicht vorgezeichnet hat. Unsere Vertheidiger haben dieses Vertrauen nach meinen Erfahrungen wohl gerechtfertigt. Uebrigens muß es dem Vorsitzenden unbenommen bleiben, in einem einzelnen Falle aus besonderen Gründen etwa eine derartige Mahnung an den Vertheidiger zu richten, nur muß dieselbe

---

[66]) Vrgl. Mittermaier's Abhandlung an dem in der vorigen Note angeführten Ort S. 435.

[67]) Bestellt der Angeklagte seinen Vertheidiger nicht aus der Zahl der Anwälte, so wird allerdings eine besondere Aufsicht erforderlich.

[68]) Die St.P.O. für Hannover §. 74 gestattet dieses ausdrücklich, wogegen die preußische Verordnung vom 4. Januar 1849 es ausdrücklich untersagt.

[69]) Auch hier ist die Vergleichung anderer deutschen Gesetzgebungen von Nutzen. Nach mehreren derselben erhält der Vertheidiger oder der Angeklagte unentgeltlich eine Abschrift der den sachlichen Thatbestand betreffenden Protokolle und der Gutachten. So namentlich Bayern, Schw.G. §. 124, Hannover St.Pr.O. §. 176, Würtemberg, Schw.G. §. 104, Weimar u. s. w. St. Pr.O. §. 189. Vrgl. auch Hessen-Darmstadt, Schw.G. §. 106, Code d'instruct. crim. Art. 305, und v. Stemann über formelle Vertheidigung im Gerichtssaal, Jahrg. 5, B. 1, S. 215.

[70]) Bayern, Schw.G. §. 147, Hessen-Darmstadt §. 133 (nicht auch Nassau) Weimar, St.Pr.O. §. 234. 282.

mehr auf die Sache als gegen die Person gerichtet werden, so daß nicht ein besonderes Mißtrauen gegen den Vertheidiger hiebei kund gegeben und hiedurch der Vertheidigung selbst Nachtheil zugefügt wird.

4) Auch das Recht des letzten Wortes hat das Gesetz, wie alle deutschen Schwurgerichtsgesetze [71]) dem Vertheidiger gesichert. Wenn in früherer Zeit im Beginne des schwurgerichtlichen Verfahrens dieses Vorrecht wohl öfters zu unnöthigen Entgegnungen zu verleiten schien, so bildete sich doch bald eine bessere Uebung, und oft wird jetzt auf das letzte Wort verzichtet, oder nie unmäßiger Gebrauch davon gemacht, ohne daß das Interesse der Vertheidigung darunter leidet. [72]) Die Angeklagten selbst pflegten vom Rechte des letzten Wortes selten einen starken Gebrauch zu machen. (Bemerkenswerthe Ausnahmen hievon kamen jedoch auf dem Mosbacher Schwurgericht [73]) vor.)

5) In Bezug auf das Recht, an den Angeklagten, sowie an Zeugen und Sachverständige Fragen zu stellen hat unser Gesetz den Vertheidiger mindergünstig behandelt, als den Staatsanwalt und die Geschworenen, insofern diese nach erbetenem Worte selbst Fragen an die genannten Personen stellen dürfen, während der Vertheidiger nur durch das Organ des Präsidenten seine Fragen stellen soll. Gesetz vom Jahrg. 1851 §. 91. 95 und St.Pr.O. §. 232.

Diese Bestimmung entspricht dem Code d'instruct. crim. Art. 319 und findet sich auch in einzelnen deutschen Gesetzen [74]), während in England die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen allgemein durch die Partheien selbst (das bekannte Kreuzverhör, (cross examination) Statt findet [75]). Im preußischen Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 77 ist der Versuch gemacht, die Vernehmung durch den Staatsanwalt und Vertheidiger selbst unter Beschränkung auf deutschen Boden einzuführen, jedenfalls darf nach Art. 76 der Vorsitzende dem Vertheidiger (sowie den Geschworenen) die unmittelbare Befrägung gestatten. Andere deutsche Gesetze, wie die von Bayern, Würtemberg, Nassau gestatten die Befragung durch den Vertheidiger (sowie durch den Angeklagten) selbst mit der Beschränkung, daß im Falle des Mißbrauchs der Vorsitzende die vorgängige Angabe der einzelnen Fragen zum Zweck etwaiger Zurückweisung fordern kann [76]).

Nach meinem, auf Erfahrungen gestützten Dafürhalten dürften die Vertheidiger (Rechtsanwälte) und die Staatsanwälte in dieser Art auch bei uns füglich gleichgestellt werden. Eine angemessene Ueberwachung und nöthigenfalls Einschreitung des Präsidenten genügt vollkommen, während jene Ungleichheit der Rechte an sich keinen guten Eindruck macht und in dem Vertheidiger leicht das Gefühl der unbilligen Benachtheiligung seiner Parthei hervorruft, die Befragung durch das Organ eines Anderen aber bei gehäuften oder vereitelten Fragen, streng durchgeführt, sich als eine schwerfällige zeitraubende Maßregel zeigt, deren Nutzen sehr gering anzuschlagen sein möchte.

Bei den rheinpreußischen Assisen wurde, wie ich wahrzunehmen Gelegenheit hatte, der gesetzlichen Form in solchen Fällen öfter in der Art genügt, daß der Vertheidiger seine Frage in indirecter Weise vortrug („ob der Zeuge dieß oder das genau gehört habe?") und der Vorsitzende sodann die Frage stillschweigend oder ausdrücklich guthieß.

Bei den würtembergischen Schwurgerichten scheint, soweit ich theils selbst beobachtete, theils von dem Vorsitzenden und Staatsanwalt des Schwurgerichtes zu Eßlingen versichert erhielt, die erwähnte Gleichberechtigung sich als keineswegs nachtheilig gezeigt zu haben.

Zu den im Eingang als vereinzelt stehend bezeichneten Vorgängen gehörte die schon im Jahr 1851 in der zweitersten Vierteljahrssitzung unseres Mannheimer Schwurgerichts vorgekommene seltsame Erscheinung, daß ein (seither verstorbener) Anwalt bei Vorlesung der Zeugenliste die Identität sämmtlicher Zeugen im Interesse seines

---

[71]) Nach dem Vorbild des Code d'instruct. crim. Art. 335. Das englische Recht gewahrt der Vertheidigung diese allgemeine Begünstigung nicht; über die Befugniß zum Vortrag einer Replik gelten vielmehr hienach besondere Regeln. Glaser a. a. O. §. 346 147.

[72]) In Bezug auf Kürze in den Vorträgen überhaupt ist das oben in Annalen Jahrg. 21, S. 350 Gesagte zu vergleichen.

[73]) Vergl. die Einleitung, Annalen Jahrg. 21, S. 347.

[74]) Hannover St.Pr.O. §. 136, Hessen-Darmstadt Schw.-G. §. 141, vergl. Kurhessen §. 91 310..

Nach der St.Pr.O. von Weimar §. 241 darf auch der Staatsanwalt nur durch den Vorsitzenden Fragen stellen. Vergl. auch Braunschweig St.Pr.O. §. 133.

[75]) Glaser a. a. O. §. 329 ff.

[76]) Bayern, Schw.G. §. 163. 164, vergl. Würtemberg §. 127, Nassau §. 141.

Schützlings *mit Nichtwissen beabreden zu müssen* glaubte. Ferner gehört zu diesen Vorgängen eine nicht minder auffallende Erscheinung auf dem *Moßbacher* Schwurgericht, woselbst ein sehr übel beleumundeter Angeklagter bei Beginn der Verhandlung mit großer Geflissenheit den Antrag vorbrachte, es möge ihm ein anderer Vertheidiger beigegeben werden, da sein Vertheidiger ihm zumuthe, er solle sein Geständniß widerrufen [77]. Nach der hierauf von dem Vertheidiger abgegebenen Erklärung erhielt der Angeklagte wirklich einen andern Vertheidiger.

Widerruf von Geständnissen, vor Geschworenen offenbar ein sehr schlecht gewähltes Vertheidigungsmittel, kam verhältnißmäßig nicht häufig vor, auch machte sich ein Mißbrauch in Bezug auf *Anfechtung von Formen* nirgends bemerklich.

7) Oefter wurde von Seiten eines oder des andern Vertheidigers wohl in entgegengesetzter Richtung etwas zu weit gegangen, indem *schwache Seiten* des Angeklagten oder seiner Vertheidigungsart allzu unverhüllt und rücksichtslos *blos gelegt* wurden. Dahin gehört z. B. der Fall, wo ein Vertheidiger seine Rede mit den Worten begann: Er sei weit entfernt, *einen Mohren* (seinen Schützling) *weiß waschen zu wollen*.

In ähnlicher Lage wird der Vertheidiger, eingedenk des Standpunktes, auf dem er sich befindet, einen angemessenen *Mittelweg* einzuschlagen haben. Er wird in Bezug auf die schwachen Seiten des Angeklagten und seiner Vertheidigung eher durch *Schweigen* [78], als durch *Reden* seine eigene Meinung kundzugeben haben, damit er nicht in irgend einem Punkte *gegen*, statt *für* seinen Schützling spreche und möglicher Weise dessen Lage verschlimmere; er wird die Fehler des Angeklagten möglichst gut zu machen, nicht aber, durch Kundgebung eines zum Nachtheil des Angeklagten dienenden eigenen Urtheils dieselben in klares Licht zu stellen haben [79]. Allerdings können wohl Fälle vorkommen, wobei das Benehmen des Angeklagten selbst in der Verhandlung von so nichtswürdiger, empörender Art ist, daß der Vertheidiger ohne sich selber Preiß zu geben und die Achtung vor Recht und Gesetz zu verläugnen, nicht ganz *schweigen* kann, ja sogar nach Umständen die weitere Vertheidigung des Angeklagten *thatsächlich* ganz aufgeben muß. In einem ähnlichen Falle habe ich bei den *Coblenzer* Assisen einen der tüchtigsten Anwälte die fernere Vertheidigung des Angeklagten thatsächlich völlig aufgeben sehen. Solche Fälle sind jedoch Ausnahmsfälle und ein förmlicher Rücktritt von der Vertheidigung wird nach unseren Gesetzen nicht angehen [80].

8) Daß im Beginne des schwurgerichtlichen Verfahrens, womit zugleich ein *neues Strafgesetzbuch* in das Leben trat, einzelne Vertheidiger, in Ermanglung früherer Gelegenheit sich mit der neuen Strafgesetzbung näher vertraut zu machen, hie und da in Nebenpunkten eine *ungenügende Kenntniß des Gesetzes* zeigten, war wohl natürlich. Die Verwechslung von *Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen* [81] dürfte wohl in neuerer Zeit selten oder gar nie mehr vorgekommen sein. Dagegen kam es öfter und auch noch in neuerer Zeit vor, daß ein Vertheidiger in der unrichtigen Voraussetzung, als erhielten die Geschworenen *sämmtliche* Untersuchungsacten mit in ihr Berathungszimmer, die Ersteren auf dieses oder jenes Protokoll und auf Nachlesung der Acten verwieß. Die erwähnte Voraussetzung widerstreitet ebensowohl der bestimmten Vorschrift des Gesetzes (§. 97 des Gesetzes v. Jahr 1851) als dem Geist des öffentlichen und mündlichen Verfahrens vor Geschworenen.

Letzteres gilt auch von der ebenfalls noch öfters vor-

---

[77]) Dieser Vorgang rief seiner Zeit namentlich unter den Geschworenen eine große Entrüstung hervor. Uebrigens gab der Vertheidiger die Zumuthung in der vom Angeklagten behaupteten *directen* Weise keineswegs zu, auch dürfen die eigenthümlichen Umstände des fraglichen Falles billiger Weise nicht außer Acht gelassen werden.

[78]) Allerdings mag hiezu bisweilen ein hoher Grad von Selbstüberwindung nöthig sein und das Amt des Vertheidigers erscheint in diesem Punkte oft nach allen Seiten als ein *undankbares*, was bei richtiger Würdigung der Stellung desselben nicht verkannt werden darf.

[79]) Ist der beharrlich leugnende Angeklagte nach der Ueberzeugung des Vertheidigers vollständig überführt, so mag der Letztere die Beurtheilung der Beweisfrage den Geschworenen überlassen, oder sich näherer Erörterungen in dieser Hinsicht enthalten. Dieser Weg wird stets der Stellung des Vertheidigers angemessener sein, als die *ausdrückliche* Anerkennung, daß der Angeklagte *seines Leugnens ungeachtet überführt sei*.

[80]) Die *Anwesenheit* eines Vertheidigers (in dieser Eigenschaft) wird nach unseren Gesetzen in schwurgerichtlichen Sachen als eine nothwendige Förmlichkeit zu betrachten sein. In *England* ist dieß nicht der Fall. Vrgl. *Glaser* a. a. O. §. 260.

[81]) *Zentner* im Magazin für Rechtspflege und Verwaltung B. 1, H. 3, S. 477 hebt diesen Verstoß hervor.

kommenden Berufung auf Privatgespräche des Angeklagten mit dem Vertheidiger, auf sonstige nicht verhandelte außergerichtliche Vorgänge, auf schriftliche Privatzeugnisse [82]) u. drgl. zum Zweck der Entlastung des Angeklagten.

9) Die Vorlesung einzelner Abschnitte oder Sätze aus rechtswissenschaftlichen oder ärztlichen oder gar philosophischen Büchern, erscheint gegenüber einem Gerichte von Geschworenen gewiß als ein sehr verfehltes Unternehmen des Vertheidigers. Namentlich in der ersten Zeit des schwurgerichtlichen Verfahrens wurde öfters von Vertheidigern zu diesem Hilfsmittel gegriffen [83]). Vor Geschworenen als schlichten Bürgern wird die Berufung auf Feuerbach, Savigny, Henke oder Friedreich und besonders eine längere Ausführung über deren Ansichten, fast immer am unrechten Ort angebracht sein.

10) Eingedenk des Umstandes, daß ihre Rede für schlichte Bürger bestimmt ist, sollten auch unsere Vertheidiger (sowie auch Gerichtsärzte, Staatsanwälte und Vorsitzende), alle unnöthigen Kunstausdrücke und Fremdwörter möglichst vermeiden [84]).

Von der „Carolina" z. B. sollten die Geschworenen, abgesehen von sonstigen Eigenschaften dieser längst verblühten Dame, nicht öfters zu hören bekommen.

11) Wenn unter Ziff. 1 oben auf die Wichtigkeit der Befugniß, die Vorladung weiterer Auskunftspersonen zu veranlassen, hingedeutet wurde, so dürften dagegen die Vertheidiger, belehrt durch die Erfahrung mehr und mehr zur Ueberzeugung gelangen, daß von der zu erwirkenden Vorladung von Entlastungszeugen nur sparsam und vorsichtig Gebrauch zu machen ist, weil Entlastungszeugen, die gar nichts oder nichts Rechtes angeben können oder ihre Behauptungen nicht festzuhalten vermögen, einen für die Vertheidigung des Angeklagten meist sehr ungünstigen Eindruck hinterlassen [85]). Handelt es sich um etwaige Herbeiführung einer Vertagung der Verhandlung wegen nachträglicher Erhebung von Entlastungsbeweisen, so ist um so größere Vorsicht nöthig, weil der ungünstige Eindruck nach erwirkter Vertagung geeignetenfalls in noch stärkerem Maße hervortritt. Auch hiefür hat die Erfahrung uns Belege geliefert.

12) Eine besondere Aufmerksamkeit von Seiten des Vertheidigers verdient die Stellung der Fragen an die Geschworenen [86]), weil von der richtigen und vollständigen Fassung derselben so viel abhängt.

Der Vertheidiger muß sich in dieser Beziehung unter genauer Vergleichung des Gesetzes einen (wenigstens in seinen Grundzügen) fest bestimmten Plan gemacht haben und darauf hinwirken, daß derselbe, soweit er der Sachlage entspricht und einen wesentlichen Punkt berührt, geeignete Berücksichtigung finde.

Es läßt sich nicht verkennen, daß der Vertheidiger in dieser Hinsicht öfters einen schweren Stand hat, da es bei größerer Zahl und Verwicklung der Fragen für ihn sehr schwierig sein kann, die beschlossenen Fragen sogleich bei der ersten Vorlesung vollständig aufzufassen, zu überschauen und zu würdigen, da überdieß der Vertheidiger in Bezug auf die Fragestellung in vielen Fällen wenig practische Vorübung besitzt, und eine Frist zu näherer Ueberlegung nach dem Gang des Verfahrens ihm nicht vergönnt ist. In Fällen solcher Art ist es aber Sache des Vertheidigers sich am Schlosse der Vorlesung die erforderliche nähere Aufklärung über diesen oder jenen Punct in der Fragestellung, wo nöthig auch eine nochmalige Mittheilung der einen oder der anderen Frage zu erbitten.

Ein solches Gesuch kann billiger Weise niemals zurückgewiesen werden, es haben auch unsere Vertheidiger in manchen Fällen von diesem Hilfsmittel Gebrauch gemacht. Findet dann der Vertheidiger, daß ein wesentlicher Punkt keine Berücksichtigung gefunden hat, so muß er nöthigenfalls die Entscheidung des Gerichtshofes hierüber veranlassen und, wenn auch dieser gegen seinen Antrag ausfällt, seinen ausdrücklichen Einspruch hiegegen erklären und der Vorsicht wegen dessen Protocollirung beantragen, sofern er auf den fraglichen Punkt besonders Gewicht legt

---

82) Die begehrte Vorlesung solcher Zeugnisse wurde vor dem unterrheinischen Schwurgericht in der Regel abgeschlagen und gewiß mit Recht.

83) In der ersten Zeit kam es einmal vor, daß ein Vertheidiger den Geschworenen die verschiedenen, feineren Abstufungen der Trunkenheit aus einem wissenschaftlichen Werke vortrug.

84) Derartige Ausdrücke sollten überhaupt bei unseren Gerichten und namentlich in allen ger. Verfügungen und Ausführungen, die für Nichtrechtsgelehrte bestimmt sind, thunlichst vermieden werden. Vrgl. Annalen Jahrg. 6, S. 226 und Zeitschrift für deutsches Strafverfahren von Jagemann u. s. w. n. F. B. 2, S. 254, auch Zentner im Magazin a. a. O. S. 476.

85) Vrgl. Mittermaier's mehrerwähnte Abhandlung im Magazin Bd. 1, H. 3.

86) Vrgl. die früheren Mittheilungen, insbsondere Jahrgang 21, S. 361 der Annalen.

und sich die Anfechtung im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde sichern will.

Ein gleiches Verfahren stellt sich überhaupt bei jederlei Anträgen, worauf der Vertheidiger ein besonderes Gewicht legt, als rathsam dar, obwohl auch von diesem Mittel mit Vorsicht und Maß Gebrauch zu machen ist.

Bei dem unterrheinischen Schwurgericht wurde jedoch dasselbe bisher keineswegs in allzustarkem Maße angewendet, soweit wenigstens meine Erfahrungen reichen.

13) Unter der schlimmen Ziffer 13 habe ich nun noch einen Punkt hervorzuheben, von welchem ich wünschte, daß er schon jetzt oder doch in Bälde gar keiner Erwähnung bedürfte, ich meine die Wahrnehmung, daß in dem ernsten Kampfe um Wahrheit und Recht, der zwischen dem öffentlichen Ankläger und dem Vertheidiger auszufechten ist, in einzelnen Fällen noch immer allzuleicht auf einer oder der anderen Seite, oder auch wohl auf beiden Seiten, eine gewisse persönliche Gereiztheit [87]) sich kund gibt und der Streit statt streng auf die Sache beschränkt zu bleiben, (nach deutscher Gewohnheit) eine persönliche Wendung zu nehmen droht. Wenn auf der einen Seite etwas übergangen, anders dargestellt oder gerügt wird, so sollte auf der andern Seite nicht straks, im Eifer der Gegenrede, auf absichtliche Auslassung, Entstellung oder Mißdeutung angespielt werden, und wenn dem einen Kämpfer etwa in der Hitze des Gefechtes ein minder passendes Wort entschlüpft [88]), so sollte die Zurückweisung stets in solcher Weise geschehen, daß nicht die Absicht der Verletzung auf Seiten des Gegners vorausgesetzt, vielmehr nach der jedem Theil zur Seite stehenden Vermuthung gesetzmäßigen Verhaltens, eher das Gegentheil unterstellt wird.

Uebrigens ist auch hier nur von einzeln stehenden Fällen die Rede. Möchten solche bei fortschreitender Uebung im Schwurgerichtssaal zum Frommen der Sache, und sicher auch nicht zum Schaden der Personen immer seltener werden.

Eduard Brauer.

II.

Kann ein Gläubiger die Einweisung in solche Capitalien, deren Nutznießung seinem Schuldner zusteht, verlangen?

Der Vormund der Emilie Fakler hatte eine bedeutende Forderung seiner Mündel, gegen Johann Rombach von Triberg eingeklagt. Da ihrem Vater die Nutznießung an dieser Forderung theils kraft ehelichen, theils kraft elterlichen Rechts zustand, dieser aber dem Gregor Martin in Triberg eine bedeutende Summe schuldete, so intervenirte dieser Gläubiger in dem Prozeß, und verlangte nicht allein die Zuweisung der Hälfte der Zinsen, welche ihm nicht bestritten wurde, sondern auch die Einweisung in die Hälfte des Kapitals. Mit dieser letztern Forderung wurde er von dem großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises aus folgenden Gründen abgewiesen:

In Erwägung, daß Gregor Martin von Triberg sich vermittelst seiner Klage am 1. Juni v. J. in den beiden durch die Appellationen vom 30. und 31. März und durch die Coappellationen vom 24. Mai v. J. dahier anhängig gewordenen Streitsachen des Joseph Federer von Ehrenstetten, als Pfleger der Emilie Fackler, gegen Johann Rombach, Forderung von 3068 fl. und beziehungsweise von 9204 fl. nebst Zinsen betr., als Hauptintervenient mit dem Anspruche, daß ihm nicht allein die in beiden Prozessen von Joseph Federer eingeklagten Zinsen, sondern auch die Hälfte der Forderungen selbst in dem Betrage von 6136 fl. zuerkannt werde, eingemischt hat, und daß mit den von ihm in dieser Klage angeführten Thatsachen und mit den zum Beweise dafür angerufenen Acten vollständig dasjenige Interesse behauptet und bescheinigt ist, vor welchem nach §. 98 der Pr.O. das Recht zu solcher Einmischung abhängt;

---

[87]) Bei dem Niederschreiben dieser Schlußbemerkung kam mir die in No. 10 S. 77 dieser Blätter erschienene Erörterung über die Stellung des Vertheidigers zu. Es scheint mir diese Erörterung ebenfalls ein Ausfluß solcher persönlichen Gereiztheit zu sein, die nach meinem Dafürhalten in unsern Schwurgerichtssälen nicht gehegt werden sollte. Im Eingang derselben wird eine wohlmeinende, meines Erachtens keineswegs verletzende Aeußerung meines verehrten Collegen im ersten Hefte des Magazins offenbar mißdeutet.

[88]) Dahin würde meines Erachtens auch der in dem soeben (in Note 87) erwähnten Aufsatz hervorgehobene Ausdruck „die Secundanten der Verbrecher" gehören, sofern er wirklich gebraucht worden sein sollte. Wenn dieser Ausdruck (wobei eine beleidigende Absicht überall nicht vorausgesetzt werden durfte) etwa von einem Vorsitzenden seiner Zeit nicht förmlich gerügt wurde, so konnte dieses in diesem oder jenem besondern Umstande seinen Grund haben. Eine Mißdeutung hätte auch in dieser Richtung in keiner Weise Statt finden sollen, ja in dieser Richtung am allerwenigsten.

In Erwägung, daß zu diesen Thatsachen namentlich gehört, daß der Interventionskläger vermöge eines in letzter Instanz ergangenen Urtheils vom 19. Juni 1850 für die Summe von 9833 fl. Gläubiger des Karl Fackler von Simonswald ist, und als solcher Beschlag und richterliche Einweisung auf die Hälfte der Nutznießung erwirkt hat, welche dem Karl Fackler kraft elterlichen und ehelichen Rechts an dem Vermögen seiner Tochter Emilie Fackler und soweit also an den genannten zwei Forderungen derselben an Rombach zusteht;

In Erwägung, daß von den Interventionsbeklagten beiderseits schon in den Verhandlungen über die mit dieser Intervention angegriffenen Klagen das Recht des Interventionsklägers zu dem Bezuge eines der Quote seiner Einweisung entsprechenden Theils der Zinsen von jenen Forderungen unweigerlich anerkannt wurde, und dieses Anerkenntniß wiederholt auch in der Antwort auf die Interventionsklage enthalten ist, indem namentlich der Mitbeklagte Joseph Federer in dieser sein Begehren ausdrücklich dahin stellt, daß ihm nur die Hälfte der von Rombach schuldenden Zinsen zuerkannt, die andere Hälfte aber dem Interventionskläger zufallen soll;

In Erwägung, daß folglich ein Streit über die Interventionsklage nur insoweit hier vorliegt, als die Forderungen selbst, auf welche sich diese Zinsen beziehen, — zur Hälfte — Gegenstand des mit dieser Klage verfolgten Ausspruches sind, daß jedoch in dieser Beziehung die Klage nicht als begründet erscheint;

In Erwägung nemlich, daß sich aus den Acten über beide, dem Anspruch des Interventionsklägers zum Grunde liegenden Beschlagnahmen, d. i. sowohl über jene, welche durch das Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 27. Jenner v. J. erledigt, als auch über die, welche vermittelst der Verfügung des großh. Bezirksamts zu Waldkirch vom 4. März und vom 25. April v. J. angelegt wurde, unzweifelhaft ergibt, daß es sich dabei überall nur darum gehandelt hat, dem jetzigen Kläger die Erträgnisse des Vermögens der Emilie Fackler, beziehungsweise also die Zinsen der fraglichen Forderungen als Befriedigungsmittel für sein Guthaben an den nutznießungsberechtigten Vater derselben zuzuweisen, und daß nur in dem Sinne und nur mit dieser Beschränkung eine gerichtliche Uebertragung der Fackler'schen Nutznießung auf den Intervenienten erfolgt ist, daß aber dagegen niemals eine Rede davon war, daß ihm auch das Kapital selbst, von welchem dieser Nutzen bezogen wird (nach Verhältniß der bezeichneten Quote), zufallen soll, und wäre dieß auch mit dem Vorbehalt der Verbindlichkeit, für den dereinstigen Rückersatz des Empfangenen Sicherheit zu leisten;

In Erwägung, daß daher auch der Intervenient kein Recht hat, einen derartigen Anspruch auf diesen Theil des die beiden Vorklagen betreffenden Streitobjects zu machen, ihm vielmehr überlassen werden muß, welche Masregel er geeigneten Orts ergreifen will, um zu bewirken, daß das Kapital, wenn es von Seite Rombachs dem Vertreter der Emilie Fackler heimbezahlt sein wird, wieder anderwärts nutzbar angelegt und dadurch seiner Einweisung eine weiter dauernde Wirkung verschafft werde.

In Erwägung, daß hiernach der Intervenient mit seiner Klage, insoweit sie sich nicht lediglich nur auf die Zinsenforderung beschränkt, abzuweisen war und bezüglich der Kosten die Rücksicht entscheidet, daß gerade diese Forderung nicht bestritten wurde, in Beziehung auf alles Weitere aber der Intervenient in dem Streite unterliegt — aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 167 und 168 der Pr O. wurde, wie geschehen erkannt.

Auf die hiergegen von dem Intervenienten ergriffene Oberberufung wurde das hofgerichtliche Urtheil bestätigt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Für eine dem Oberappellanten Carl Fackler zustehende Forderung wurde die Hälfte der Nutznießung, welche diesem an dem Vermögen seiner Tochter Emilie gebührt, auf Antrag seines Gläubigers im Vollstreckungswege mit Beschlag belegt und letzterer in den Genuß der Vollstreckungsgegenstände eingewiesen.

Von den der Emilie Fackler durch Verweisung zugetheilten Liegenschaftskaufschillingen beansprucht er aber nicht blos den ihm zugestandenen hälftigen Zinsenbezug, sondern auch die Ueberlieferung der Hälfte des Kapitals gegen Sicherheitsleistung, indem er behauptet, daß die Einweisung in die Nutznießung einer Forderung auch zu der Verwaltung des Kapitals berechtige. Dieser Anspruch ist jedoch ungegründet.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 13. Mannheim, 24. März 1855.

I.

Kann ein Gläubiger die Einweisung in solche Capitalien, deren Nutznießung seinem Schuldner zusteht, verlangen?

(Schluß.)

Wo künftige Bezüge an Zinsen, Gefällen oder andern Jahresschuldigkeiten den Gegenstand der Vollstreckung bilden, gestatten die §§. 992 und 993 der Pr.O. nur die Einweisung in diese Bezüge, oder sofern der Schuldner einwilligt, die Versteigerung solcher fällig werdenden Einkünfte. Der die Vollstreckung Betreibende erhält aber dadurch, daß er in den Bezug der Einkünfte oder Zinse eingewiesen wird, gar keinen Einfluß auf das Kapital selbst, es kann daher nicht einmal von einem dem Niesbrauche analogen Verhältnisse und folgeweise auch nicht von einem Anspruche auf Ueberlassung des Kapitals die Rede sein.

Zachariä, Bd. II. §. 225 Note 1.
Puchta, röm. Recht 4. Auflage §. 182.

Hievon abgesehen ist im vorwürfigen Falle die Verwaltung des fraglichen Capitals nach L.R.S. 450 Abs. 2 eine Verbindlichkeit des Vormunds, sie kann daher, schon ihrer rechtlichen Natur nach, unmöglich Gegenstand des Zugriffs oder der Befriedigung eines Gläubigers sein, weßhalb auch der L.R.S. 1166, auf welchen sich der Oberappellant stützt, hier keine Anwendung findet.

Was das eventuelle Begehren desselben betrifft, so enthält es lediglich den Antrag auf eine Sicherungsmaßregel. Eine solche könnte aber nur dann eintreten, wenn der von dem Oberappellanten nirgends behauptete Fall einer Gefahr, welcher das Nutznießungskapital in der Hand des Vormunds ausgesetzt sein würde, vorhanden wäre.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil, soweit dagegen oberappellirt worden ist, zu bestätigen, und der Oberappellant zufolge seines Unterliegens nach §. 168 der Pr.O. in die Kosten dieses Rechtszuges zu verfällen.

Dr. Ladenburg.

II.

Haftet bei Vermögensübergaben der Uebernehmer kraft Gesetzes für die Schulden des Uebergebers?

§. 1.

Vermögensübergaben kommen bei uns ziemlich häufig vor, daher unsere Frage ein großes praktisches Interesse hat. Die Gläubiger dessen, der sich seines ganzen Vermögens entäußert, können von diesem keine Befriedigung erhalten; es ist ganz natürlich, daß sie sich an denjenigen wenden, der das Vermögen, welches zu ihrer Befriedigung dienen sollte, überkommen hat. Man kann freilich sagen, der Schuldner darf keine Verfügung zum Abbruch der Rechte seiner Gläubiger treffen, diese sind durch Art. 1167 in den Stand gesetzt, dergleichen Entäußerungen eines ganzen Vermögens, welche ihnen nur das leere Nachsehen übrig lassen, anzufechten. Allerdings; aber man weiß auch, wie schwer dergleichen Klagen durchzuführen sind, wie vielerlei Ausflüchte böswilligen Schuldnern zu Gebote stehen, und dann steht meistens der wirklich ominöse Art. 1167 a mit seiner kurzen Verjährung im Wege.

Der kürzeste Weg zum Ziele führt den Gläubiger zu dem, der das gesammte Vermögen übernommen hat.

Denn das Vermögen des Schuldners, sagt Art. 2093, ist das gemeinschaftliche Unterpfand der Gläubiger; wer ein ganzes Vermögen übernimmt, haftet daher wie der Besitzer eines Unterpfands. Stellte ja schon das römische Recht den Satz auf: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, l. 39 §. 1. D. de V. S. (50. 16), und wir verstehen unter dem Wort „Vermögen" nicht blos die Aktiven, sondern auch die Passiven, mithin den ganzen Complex der Rechte und Verbindlichkeiten einer Person. Zachariä §. 573 (4. Ausgabe), definirt das Vermögen als die Rechtsidee der Einheit aller äußern Gegenstände, welche einer Person gehören, folgert aber hieraus, daß Niemand über sein Vermögen eine Verfügung unter Lebenden treffen könne (§. 576 No. 3); aus diesem Grund sieht er in einer Schenkung des gesammten Vermögens, nur die Schenkung der einzelnen Sachen, aus welchem dieses Vermögen besteht; mithin kann, seiner Meinung nach, der Beschenkte nicht als allgemeiner Rechtsnachfolger des Schenkers betrachtet werden, welcher schon kraft Gesetzes für die Schulden des Gebers zu haften hätte. Hier hat der Scharfsinn den berühmten Rechtslehrer wohl zuweit geführt; er hat übersehen, daß schon das französische Recht den Eltern gestattet, ihr dermaliges Vermögen unter ihre Kinder zu theilen, und diese Theilung sofort zu vollziehen, Art. 1075 und ff.; zu Gunsten der Ehegatten oder der aus der Ehe zu hoffenden Kinder darf man in einem Ehevertrag nicht allein über gegenwärtiges, sondern sogar über künftiges Vermögen verfügen. Art. 1081 und ff. Nach badischem Recht können Verfügungen über das gesammte Vermögen um so weniger beanstandet werden, als in den Zusätzen zu Art. 1100 und 1983 ausführlich darüber gehandelt und die verschiedenen Modalitäten, unter denen sie vorkommen können, besprochen werden. Es läßt sich daher aus dem Begriff des Vermögens nicht folgern, daß eine Entäußerung desselben nicht statt finden kann, und wo sie vorkömmt, nur als Veräußerung der einzelnen Sachen zu betrachten ist.

In der Note 2 beruft sich Zachariä auf Toullier V. Band No. 816, wo allerdings die Ansicht vertheidigt wird, daß die Gläubiger dessen, der sein gesammtes Vermögen oder einen ideellen Theil desselben verschenkt hat, nicht auf den Beschenkten greifen können, wenn nicht in der Schenkung selbst dem Beschenkten die Schuldenzahlung zur Pflicht gemacht ist. Zur Begründung dieser Ansicht wird der Satz aufgestellt: Niemand ist schuldig, die Verbindlichkeiten eines Andern zu erfüllen, wenn ihm solches nicht durch das Gesetz oder durch einen Vertrag auferlegt werde; nun habe das Gesetz dem Beschenkten keine solche Verbindlichkeit auferlegt; wenn auch der Vertrag darüber schweige, so fehle es an jedem Grund, den Beschenkten für haftbar zu erklären. Es ist aber gerade unsere Frage, ob das Gesetz, sei es nun ausdrücklich oder folgerungsweise den Beschenkten, der ein gesammtes Vermögen übernimmt, für die Schulden des Schenkers haftbar macht? Wenn diese Frage mit ausdrücklichen Worten in dem Gesetz entschieden wäre, so bedürfte es keiner Erörterung derselben; da nun aber das Gesetz sich nicht geradezu ausgesprochen hat, so fragt es sich immerhin, ob nicht aus allgemein anerkannten Grundsätzen oder aus gelegentlichen Bestimmungen des Gesetzes eine Lösung gefunden werden kann? Toullier selbst gibt wenigstens soviel zu, daß nach der Regel „bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno" der Schenker vor Aushändigung der Schenkung berechtigt sei, den Betrag seiner Schulden in Abzug zu bringen. Gibt man aber einmal soviel zu, so sehe ich nicht ein, warum man nicht einen Schritt weiter gehen, und den Gläubigern gestatten will, dasjenige zu thun, was ihr Schuldner jedenfalls hätte thun sollen, aber entweder aus Nachlässigkeit oder bösem Willen unterlassen hat. Jedermann mag verschenken, was sein ist; wer aber anderer Leute Gut verschenkt, der hat keinen Anspruch auf Nachsicht. Die Billigkeit spricht daher weit mehr dafür, die Gläubiger, welche durch die Handlung ihres Schuldners beschädigt werden, zu schützen, als den Schenker, der die Folgen seiner Thorheit nur sich selbst zuzuschreiben hat. Wenn man nun diesem, wiewohl er in der Schenkungsurkunde keinen Vorbehalt gemacht hat, gleichwohl gestattet, vor Ausfolgung der Schenkung die Schulden in Abzug zu bringen, weil nach der Regel „bona non intelliguntur etc. etc." unter der Schenkung eines ganzen Vermögens nur das zu verstehen ist, was nach Zahlung der Schulden übrig bleibt, so mußte man nach der gleichen Regel auch den Gläubigern gestatten, dasjenige, was doch nicht in der Schenkung begriffen ist, sich von dem Beschenkten herausgeben zu lassen. Troplong de la vente No. 451, welcher sich zu der Ansicht von Toullier bekennt, sucht diese Einwendung zu widerlegen, indem er sagt, der Schenker könne die Schulden abziehen, ehe er die Schenkung ausfolge; habe er aber die Schenkung ausgefolgt, ohne die Schulden abzuziehen, so habe er thatsächlich auf sein Recht verzichtet; seine

Gläubiger könnten daher ebenfalls kein Recht ausüben, was er nicht habe.

§. 2.

Gleichwohl gibt Troplong ibid. No. 450 und 455 zu, daß bei Schenkungen, welche gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen umfassen, der Beschenkte persönlich für alle Schulden des Schenkers haften müsse; dieses sei die Ansicht von Deluca, welche der Code in den Art. 1083 und 1085 sanktionirt habe. Worauf soll aber die Unterscheidung zwischen beiden Arten der Schenkungen beruhen? Art. 2093 sagt, das Vermögen ist das Unterpfand der Gläubiger — offenbar wird hier nur das gegenwärtige Vermögen verstanden, welches allen dermaligen Schulden als Unterpfand dient. Geht dieses Vermögen in eine andere Hand über, so wird es dadurch nicht von seiner Last befreit, die dermaligen Schulden ruhen darauf und gehen mit demselben in die andere Hand über. Wer ein ganzes Vermögen übernimmt, haftet daher für die darauf ruhenden Schulden, gerade so wie der Erwerber einer Liegenschaft für die darauf lastenden Hypotheken. Die Art. 1084 und 1085 führen sogar direkt darauf hin, daß der Gesetzgeber von diesem Grundsatz ausging. Es ist nemlich dort bestimmt, daß, wenn Jemand in einem Heirathsvertrag sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen einem der Ehegatten oder den zu hoffenden Kindern schenkt, der Beschenkte berechtigt ist, sich an das gegenwärtige Vermögen zu halten, wofern der Schenkungsurkunde ein Verzeichniß der Schulden und Lasten des Schenkers beigefügt ist. Fehlt dieses Verzeichniß, so kann der Beschenkte die Schenkung nur im Ganzen annehmen oder ausschlagen; nimmt er sie an, so muß er, gleich dem Erben, alle Schulden und Lasten des Schenkers tragen. Hiernach spricht das Gesetz zweierlei Grundsätze aus:

1) Wer eine Schenkung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens annimmt, haftet gleich dem Erben für alle Schulden des Schenkers.
2) Trennt der Beschenkte die Schenkung und nimmt er sie nur, soweit sie das zur Zeit der Schenkung vorhandene Vermögen betrifft, an, so hat er nur die zur Zeit der Schenkung vorhandenen Schulden des Schenkgebers zu zahlen.

Dabei ist wohl zu berücksichtigen, daß diese Grundsätze in einem Fall aufgestellt werden, in welchem der Gesetzgeber die allgemeinen Regeln zu Gunsten des Beschenkten abändert, woraus hervorgeht, daß er diesen gewiß nicht für die Schulden belastet hätte, wenn er nach allgemeinen Grundsätzen davon befreit wäre. Mir scheint daher aus den Art. 1084 und 1085 ein schlagendes Argument dafür hervorzugehen, daß der Uebernehmer eines ganzen Vermögens auch für die vorhandenen Schulden kraft Gesetzes haftet.

So haben die französischen Gerichte in mehreren Fällen entschieden,

Sirey 1812. 2. 280.
1813. 2. 343.
1817. 2. 164.
1826. 2. 37.
1827. 2. 189.
„ 2. 124.

wiewohl auch mehrere Urtheile, namentlich aus anderer Zeit, für die gegentheilige Meinung angeführt werden können.

Sirey 1834. 2. 585.
1837. 2. 27.
1839. 2. 519.
1840. 1. 345.

Für die hier vertheidigte Meinung sind aber
Duranton tom. 8 No. 472. 473.
Grénier „ 1 „ 86 u. ff.
Delvincourt „ 2 p. 491.
Vazeille ad art. 945. No. 1.

§. 3.

Bei den Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihre Nachkommen, von denen die Art. 1075 und ff. handeln, muß dieser Grundsatz um so mehr angenommen werden, als diese nichts Anderes sind, als anticipirte Erbtheilungen. Niemand zweifelt daran, daß die Nachkommen für die Schulden haften, wenn die Theilung nach dem Tod des Ahnen geschieht; gestattet nun das Gesetz ausnahmsweise eine solche Theilung bei Lebzeiten des Ahnen, so sieht man keinen Grund, warum nicht dasselbe gelten soll? Sonst läge in dieser Bewilligung der Theilung des elterlichen Vermögens gleichsam eine Art von Aufmunterung zur Hintergehung der Gläubiger, welche ohnedies schon dadurch benachtheiligt sind, daß sie statt eines einzigen Schuldners nunmehr viele erhalten, von denen jeder nur pro parte haftet. Was sollte in der That den Gesetzgeber bestimmen, die Nachkommen, welche das gesammte Vermögen ihres Ahnen erhalten, von der Schuldenzahlung zu befreien, der sie unterworfen sind, wenn die Theilung

erst nach dem Tod des Ahnen vorgenommen wird? Die Theilung bei Lebzeiten ist ein offenbarer Vortheil für sie, sie erhalten ihr Erbtheil früher als es ihnen zugefallen wäre, liegt darin nicht schon eine Begünstigung? Warum soll diese noch vermehrt werden auf Kosten dritter Personen? Sind die Rechte dieser dritten Personen für den Gesetzgeber nicht ebenso wichtig, nicht ebenso heilig, als die Begünstigung der Nachkommen? Und worauf beruht denn überhaupt die Pflicht der Erben zur Schuldenzahlung? Beruht sie nicht gerade darauf, daß sie das Vermögen des Verstorbenen erhalten? Wenn ein Erbe die Erbschaft ausschlägt, ist er nicht zur Schuldenzahlung verpflichtet, mithin ist nicht die Eigenschaft des Erben, sondern die Annahme der Erbschaft der eigentliche Verpflichtungsgrund zur Schuldenzahlung.

Selbst Zachariä erkennt in §. 733 an, daß die elterliche Theilung ganz dieselben rechtlichen Folgen hat, wie die gesetzliche Erbtheilung. In diesem Sinn wurde den 14. Juni 1837 von der Cour r. d'Agen erkannt, daß die Kinder, unter welche der Vater sein Vermögen getheilt hatte, kraft Gesetzes für die Schulden des Vaters, welche zur Zeit der Theilung existirten, haften müssen. Sirey 1839 2. 490. Gleicher Ansicht ist Duranton t. 9 No. 630. Grénier No. 395. Delvincourt t. 2 p. 359. 490 und Andere. Im entgegengesetzten Sinn wurde von der Cour r. de Douai den 12. Februar 1840 erkannt. Sirey 1840 2. 393.

§. 4.

Unser Landrecht hat bekanntlich in den Zusätzen zu Art. 1100 die Vermögensübergaben zu Gunsten der Erben allgemein eingeführt, und hat insofern die Begünstigung, welche die Art. 1075 und ff. nur den Ahnen verwilligen, verallgemeinert; außerdem gestattet unser Partikularrecht Vermögensübergaben an fremde Personen, wenn der Uebergeber sich dagegen eine Pfründe bedingt. Art. 1983 a bis n.

Unsere Frage hat daher eine viel allgemeinere Bedeutung als in Frankreich, indem sie weit häufiger, als dort zur Sprache kommt. Auch ist die Anfechtungsklage des Art. 1167, welche in Frankreich den Gläubigern ein leichtes Auskunftsmittel bietet, durch den Zusatz 1167 a auf ein Jahr beschränkt, wodurch die Gläubiger sehr häufig, ganz ohne ihre Schuld, um dieses Rechtsmittel gebracht werden. Es liegt aber auf der Hand, daß es eine schreiende Ungerechtigkeit wäre, wenn dem Schuldner gestattet würde, seine Gläubiger durch eine Vermögensübergabe um ihre begründeteten Forderungen zu prellen. Der badische Gesetzgeber hat dieses eingesehen, und daher schon in der Verordnung vom 25. September 1807 (R.-Bl. 1808 No. 10) Art. 17 und 32, sowohl bei Vermögensübergaben als auch bei Verpfründungsverträgen denjenigen, der ein ganzes Vermögen erhält, für verpflichtet erklärt, die Schulden des Uebergebers zu zahlen. Es wird in Art. 17 als eine Folge, die sich von selbst versteht, bezeichnet, „daß alle Lasten, die das Vermögen mittelbar oder unmittelbar betreffen, von demjenigen getragen werden müssen, der in dasselbe eingetreten ist, so wie auch alle dergleichen Klagen von ihm geführt werden können und übernommen werden müssen.“ Der Vermögensübernehmer hat somit den Uebergeber vollständig, sowohl aktiv als passiv, zu vertreten, er hat alle Lasten, die das Vermögen treffen, zu tragen, mithin auch die Schulden des Uebergebers, da diese wohl unzweifelhaft als solche Lasten anzusehen sind, zu zahlen. Noch bestimmter drückt sich Art. 32 aus, indem er sagt, „daß, sobald ein ganzes Vermögen, es sei nun ein gegenwärtiges allein, oder ein gegenwärtiges und zukünftiges zugleich hingegeben wird, in Bezug auf Dritte, welche dingliche Ansprüche an das Vermögen oder persönliche an den vorigen Besitzer desselben haben, der Pfründgeber als Erbkäufer anzusehen, und mithin seine Rechtslage gegen solche Gläubiger aus diesem Verhältniß zu bestimmen sei; nur mit dem Unterschied, daß wo nur das gegenwärtige Vermögen von dem Pfründnehmer hingegeben wurde, und dieser inzwischen weiteres Vermögen erhalten hat, dessen persönliche Gläubiger sich an dieses zuerst halten müssen, und nur wegen dessen, wozu dieses nicht reicht, auf den Pfründgeber greifen können.“

§. 5.

Bemerkenswerth ist hierbei, daß Art. 17 die dort angezeigte Folge als sich von selbst verstehend bezeichnet, mithin nicht etwas Singuläres, etwas von den allgemeinen Regeln Abweichendes festsetzen wollte, sondern von der Ansicht ausgeht, es folge die Pflicht zur Schuldenzahlung schon aus den allgemeinen Rechtsprincipien. Dieses erklärt sich wohl daraus, daß die Vermögensübergabe nach altdeutschen Begriffen als eine Art anticipirter Erbfolge betrachtet wurde, vergl. Mittermaier deutsches Privatrecht, erste Ausgabe §. 171, vierte Ausgabe §. 198, womit auch die Bestimmung der angeführten Verordnung in Art. 5 zusammenhängt, daß unter Vermögensübergabe dasjenige Rechtsgeschäft verstanden wird, wonach Jemand sein Ver-

mögen demjenigen, der zuvor schon ein Erbrecht an ihn hatte, abtritt. Sowie nun der Erbe den Verstorbenen vollständig repräsentiert, so hat auch der Vermögensübernehmer den Uebergeber bei allen Klagen „für und wider" vollständig zu vertreten; „nur jene Forderungen oder Schuldigkeiten des Uebergebenden, fügt Art. 17 bei, welche durch Gesetz oder Vertrag auf dessen Tod bedingt sind, fallen nicht unter diese Ausübungsbefugniß des Vermögensübernehmers" Alle andern Forderungen oder Schuldigkeiten gehen kraft Gesetzes auf den Uebernehmer über.

Bemerkenswerth ist ferner, daß Art. 32 den Pfründgeber nur insofern für die Schulden des Pfründnehmers haftbar erklärt, als er „ein ganzes Vermögen" übernimmt. Das Eintreten in das Vermögen eines Andern zieht die Pflicht zur Schuldenzahlung nach sich. Würde dagegen die Pfründlast gegen eine bestimmte Summe oder gegen Ueberlassung eines einzelnen Gegenstandes, z. B. einer Liegenschaft übernommen, so tritt jene Folge nicht ein. Das entscheidende Merkmal ist daher das Eintreten in eine ideelle Gesammtheit von Rechten und Verbindlichkeiten, gerade wie bei Erbschaften nur derjenige für die Schulden des Erblassers haftet, der eine pars quota der ganzen Masse, nicht aber wer einen bestimmten Gegenstand aus derselben erhält.

Im Vorbeigehen sei hier bemerkt, daß Scheuermann in seiner Abhandlung von den Vermögensübergaben (Heidelberg 1853) S. 155 den Art. 17 nur von den nutznießlichen Uebergaben verstehen will, dabei aber übersieht, daß wenn der Nutznießer nach Art. 17 die Schulden zu zahlen hätte, dies um so mehr dann eintreten müßte, wenn nicht blos die Nutznießung, sondern sogar das Eigenthum übergeben worden ist. Auch geht aus dem Zusammenhang der ganzen Verordnung hervor, daß das Wort „nutznießlich" in Art. 17 nur daher rührt, daß der Gesetzgeber die Uebergaben zu Eigenthum nur als „eine Schenkung der Nutznießung des Vermögens bis zum Tod des Gebers" ansieht, wie in Art. 14 ausdrücklich gesagt, und woraus sodann gefolgert wird, daß der Geber berechtigt sei, eine andere Vertheilung unter die Erben auf den Todesfall zu treffen. Ist aber eine solche abändernde Disposition nicht getroffen worden, so soll nach dem Tod des Uebergebers, wie in Art. 16 bestimmt ist, der Uebernehmer als vertragsmäßig ernannter und bestätigter Erbe angesehen und die alsdann angefallene Erbschaft so als wäre sie schon zur Zeit der Uebergabe angefallen, behandelt werden. Ueber den Sinn des Art. 17 der Verordnung vom Jahr 1807 kann darum kein Zweifel bestehen.

§. 6.

Gilt aber dieser Artikel heute noch? das ist eigentlich unsere Frage. Nach Art. 18 des Einführungs-Edikts gelten die ältern Landes Gesetze, „deren Verfügungen im „Wesentlichen ins Landrecht übertragen sind, fernerhin, „insoweit sie nicht buchstäblich abgeändert sind." Eine solche Aenderung ist nirgends angezeigt, vielmehr wird in Art. 1783e verfügt, daß der Pfründgeber, der ein gegenwärtiges Vermögen ganz oder zu einem Antheil übernimmt, verbunden sein soll, alle persönlichen und Güterschulden, die zur Zeit der Vertragsschließung darauf haften, ganz oder zu seinem Antheil zu zahlen; hier ist also die Vorschrift der Verordnung vom Jahr 1807 §. 32 ausdrücklich wiederholt, und zwar, wie dort, in einer Weise, welche durchaus nicht verkennen läßt, daß die Pflicht zur Schuldenzahlung nicht eine Folge des Verpfründungsvertrags, sondern der Uebernahme des ganzen Vermögens ist. Es verdient wohl hervorgehoben zu werden, daß schon Savigny in dem 4. Band seines Systems des heutigen römischen Rechts von demselben Grundgedanken ausgeht, indem er S. 136 sagt: „Wenn bei der Schenkung eines ganzen Vermögens nichts Besonderes bedungen ist, so gilt die sehr natürliche Annahme, daß sich der Empfänger stillschweigend verpflichtet habe, alle Schulden zu bezahlen. Diese Annahme ist die unmittelbare Folge des Begriffs von Vermögen, welches hier den Gegenstand der Schenkung ausmacht; denn Vermögen heißt überall nur diejenige Summe von Rechten, welche dem Inhaber nach Abzug der Schulden übrig bleibt."

In gleicher Weise ist Stabel in seinen Vorträgen über das französische und badische Civilrecht S. 135 der Meinung, „daß durch Art. 1983e für uns das Princip festgestellt sei, und daß, wenn man die Ausdehnung desselben auf Schenkungen bezweifeln wolle, die Verordnung über Vermögensübergaben (Art. 17) den Willen des Gesetzgebers deutlich ergänze." Man wird dieser Ansicht schon darum beipflichten müssen, weil man auch so argumentiren kann, daß, wenn der Uebernehmer eines Vermögens, der eine Pfründe reichen muß, dennoch alle vorhandenen Schulden zahlen muß, dieses um so viel mehr dann geschehen müsse, wenn das Vermögen nicht im gleichem Grad belastet ist. Ohnedies wird in Art. 1100 be verfügt, daß in allen Fällen, in welchen die Vermögens-

übergabe mit einer Verpfründung verbunden ist, die für den Pfründvertrag aufgestellten Regeln, mithin auch Art. 1983e maßgebend sein sollen. Ferner soll nach Art. 1983g und h eine Vermögensübergabe, welche an einen gesetzlichen Erben geschehen ist, alsdann wenn sie zur Zeit des Todes des Pfründnehmers noch besteht, so angesehen werden, als sei der Pfründgeber am Tag der Abschließung des Vertrags in das Erbe eingetreten.

In diesem Fall wird sonach der Pfründgeber so behandelt, als sei er am Tag des abgeschlossenen Vertrags Erbe des Uebergebers geworden. Wenn er hiernach die Erbschaft auf seine gesetzlichen und Testamentserben verfällen kann, so muß er auch umgekehrt, als Erbe, die Schuldenzahlung sich gefallen lassen. Das großh. Oberhofgericht hat in der Sache Knecht gegen Bücher unter dem 29. Oktober 1850 sogar entschieden, daß die Vermögensübergabe eine allgemeine Rechtsnachfolge bewirke. Dies mag vielleicht zu weit gegangen sein, da man hieraus folgern müßte, daß der Uebernehmer für alle Schulden, d. h. nicht allein für die zur Zeit der Uebergabe vorhandenen, sondern auch für die spätern Schulden haften müsse, und daß diese Haftung ganz allgemein, und nicht blos soweit das übergebene Vermögen reicht, eintrete, endlich daß eine Vorausklage gegen den Uebergeber, von welcher Art. 1983e spricht, nicht nothwendig sei.

Wenn man aber von dem Grundsatz ausgeht, daß die Verbindlichkeit des Uebernehmers aus der Uebernahme eines ganzen Vermögens entspringt, weil nach Art. 2092 und 93 die Schuldenzahlung als Last auf dem Vermögen ruht, oder weil nach römischem Recht unter Vermögen nur das verstanden wird, was deductio aere alieno übrig bleibt, so kann man den Uebernehmer auch nur für die zur Zeit der Uebergabe vorhandenen Schulden verbindlich machen. Man ist dann in Uebereinstimmung mit Art. 1100ba, welcher dem Uebernehmer die Rechte und Verbindlichkeiten eines Schenknehmers überweißt. So hat auch die Cour r. de Bordeaux den 30. März 1829 erkannt, s. Laulhardts Rechtsfälle S. 62—66, wo auch noch andere übereinstimmende Urtheile angeführt sind. Nach dem gleichen Grundsatz haftet der Uebernehmer nur soweit das erhaltene Vermögen reicht, wie Stabel l. c. sagt, vorausgesetzt daß ein treues Vermögens-Verzeichniß in öffentlicher Form errichtet wurde. Art. 794. Zweifelhafter mag es sein, ob die Vorausklage, von welcher Art. 1983e spricht, bei allen Vermögens-Uebergaben nothwendig ist, und zwar deßwegen, weil nach Art. 17 der Verordnung vom Jahr 1807 eine solche Vorausklage nicht nothwendig ist.

Die Entscheidung dieser Frage wird davon abhängen, ob man den Art. 17 jetzt noch für maßgebend hält, oder ob man annimmt, derselbe sei durch Art. 1983e modificirt? Ich glaube, man wird unterscheiden müssen, zwischen den Fällen, da die Vermögensübergabe mit einer Pfründe belastet ist, und denen, in welchen eine solche Last nicht auferlegt wurde; denn für die erstern hat schon die Verordnung vom Jahr 1807 Art. 32 die Vorausklage des Uebergebers festgesetzt, und in Art. 1100be wird wiederholt eine solche Uebergabe als Verpfründungsvertrag bezeichnet. Wo aber die Vermögensübergabe ohne Pfründe statt gefunden hat, wird Art. 17 der Verordnung heute noch maßgebend sein, mithin der Uebernehmer ohne Vorausklage des Uebergebers haften müssen.

Als Resultat dieser Untersuchung stellt sich heraus, daß bei Vermögensübergaben der Uebernehmer kraft Gesetzes für die Schulden des Uebergebers, welche zur Zeit der Uebergabe vorhanden waren, haftet, jedoch nur soweit das übergebene Vermögen reicht, daß er aber, wo die Uebergabe mit einer Pfründe oder einem Leibgeding belastet ist, die Vorausklage des Uebergebers verlangen kann.

Durch den Uebergabsvertrag kann diese Verbindlichkeit vermehrt, aber keineswegs vermindert werden, weil die Rechte der Gläubiger, als dritter Personen, nicht durch einen Vertrag zwischen Uebergeber und Uebernehmer verändert werden können. Darum kann ich auch nicht der Entscheidung des Cassationshofs vom 2. März 1840 (Sirey 1840. 1. 345.) beistimmen, wonach wenn in dem Vertrag dem Uebernehmer die Zahlung einiger bestimmter Schulden zur Pflicht gemacht ist, dieser von der Zahlung der übrigen befreit sein soll.

Dr. Ladenburg.

III.

1) Steht, wenn ein Pfandgericht die Fürsorge dafür, daß aus einem unterpfändlich versicherten Darlehen ältere Unterpfandsschulden getilgt werden, übernommen, und eines seiner Mitglieder

damit beauftragt hat, dem Anleiher gegen Letzteres ein unmittelbares Klagerecht wegen nicht vollzogenen Auftrags zu? L.R.S. 1994.

2) Ist ein Gemeinschuldner berechtigt, eine Forderung, welche ihm schon vor der Gant zustand, nach Beendigung derselben in eigenem Namen geltend zu machen? L.R.S. 1269 Pr.Ord. §. 788.

3) Kommt die Wohlthat des L.R.S. 1699 auch dem Schuldner zu Statten, welcher die Existenz des bestrittenen Anspruches bestreitet, und nur für den Fall des Unterliegens dem Rechtsnehmer den bezahlten Preis ersetzen will.

J. S. Tobriner gegen Mezger.

G. Essenpreis nahm bei S. Umbstädter ein Darlehen von 1100 fl. auf. Auf den von ihm versetzten Liegenschaften ruhten ältere Pfandrechte. In dem Eintrage in das Pfandbuch heißt es, nachdem dieses Darlehen von 1100 fl. und die älteren Pfandschulden nebst deren Gläubigern erwähnt sind, „mit dem neuen Anlehen werden obige Schulden abbezahlt, und somit freigemacht, wofür der vom Pfandgerichte Beauftragte zu sorgen hat." Von dem Pfandgerichte war dessen Mitglied J. Mezger mit der Erhebung des neuen Anlehens und der Abzahlung der älteren Pfandschulden beauftragt worden. Diesen Auftrag hat er nicht vollständig vollzogen. Esserpreis gerieth in Gant. Die Gantgläubiger haben indessen keinen Anspruch an das Pfandgericht oder dessen Mitglied Mezger wegen nicht vollzogenen Auftrags erhoben, nach beendigter Gant aber klagte Essenpreis gegen das Pfandgericht auf Rechnungsstellung, und nachdem dieser Rechtsstreit das Ergebniß lieferte, daß nicht sämmtliche ältere Pfandschulden getilgt waren, reichte er gegen Mezger eine Klage des Inhalts ein, daß „der Beklagte als Gemeinderath für den Kläger bei S. Umbstädter ein Kapital von 1100 fl. erhoben habe, mit dieser Summe ältere Pfandschulden tilgen sollte, diese jedoch nur theilweise bezahlt habe, daher er dem Kläger den Rest mit 296 fl. noch schulde." Im Laufe des Rechtsstreites trat Kläger diese Forderung an Tobriner ab für 225 fl., wovon 25 fl. sogleich bezahlt wurden, und 200 fl. nachträglich abgeliefert werden sollten, wenn die Forderung eingetrieben sei.

Der Anwalt des Beklagten bestritt den kläger'schen Anspruch unter Anderm:

1) weil der Beklagte nicht von dem Kläger beauftragt worden sei, weil nicht er, sondern das ganze Pfandgericht hätte belangt werden müssen, und überdieß er nur als eines der sechs Pfandgerichtsmitglieder im schlimmsten Falle nur für ein Sechstheil der Entschädigungsforderung hafte.

Diese Einrede wurde verworfen, „denn — sagen darüber die Entscheidungsgründe des mittelrheinischen Hofgerichts — es hat der Kläger seine Klage auf einen dem Beklagten ertheilten Auftrag gegründet, für dessen Erfüllung, selbst wenn man in dem Umstande, daß Kläger den Pfandbuchauszug, worin das Pfandgericht dem Beklagten den Auftrag zur Abzahlung der älteren Pfandschulden ertheilte, mitunterschrieben hat, keinen unmittelbaren Auftrag von Seiten des Klägers an den Beklagten erblicken wollte, der Beklagte nach L.R.S. 1994 letzter Absatz dem Kläger unmittelbar auch in dem Fall haftet, da er den Auftrag zunächst nur vom Pfandgericht erhalten hätte. Unbegründet ist auch der Einwand des Beklagten, daß, weil er im Auftrage des Pfandgerichts gehandelt habe, Kläger nur das ganze Pfandgericht belangen könne. Denn weder gehört zum gesetzlichen Geschäftskreis der Pfandgerichte die Abtragung älterer Pfandschulden, noch war der Beklagte gesetzlicher Vertreter des Pfandgerichts. Er konnte daher für dieses nur als Gewalthaber auftreten, sowie das Pfandgericht selbst nur als Gewalthaber des Klägers sich mit der Sache befassen konnte, so daß der Beklagte insofern er nicht als unmittelbar bevollmächtigt vom Kläger gälte, als Aftergewalthaber anzusehen wäre."

2) Weil der Kläger in Gant gerathen sei. Hiedurch sei die Verfügungsgewalt über sein ganzes Vermögen, somit auch über die in Frage stehende Forderung an die Gantgläubiger übergegangen und es sei daher der Kläger nicht mehr befugt, diese zur Gantmasse gehörige Forderung geltend zu machen. Auch diese Einrede wurde zurückgewiesen; denn der Gemeinschuldner verliert nach L.R.S. 1269, verglichen mit §. 788 Pr.O. durch die Ganteröffnung nicht das Eigenthum, sondern nur die Verwaltung seines Vermögens und zwar nur zu Gunsten der Gantmasse. (§. 800 Pr.O.) Es tritt daher nach Vertheilung der Gantmasse, und damit geschehener Beendigung der Gant (Pr.Ord. §. 899 und folgende) der Gemeinschuldner kraft Gesetzes in die Verwaltung seines

Vermögens wieder zurück, vorbehaltlich der Rechte der ehemaligen Gantgläubiger wegen zur Gantmasse gehöriger aber nicht dazu gezogener Vermögensstücke die Neubildung der Gantmasse mit den daran geknüpften Folgen zu veranlassen. In der hiezu berechtigten Stellung befindet sich aber der Beklagte nicht „da er nur Schuldner, ein Gläubiger des Effenpreis war.“ *)

Es wurde ferner

3) der Anspruch auf die Rechtswohlthat des L.R.S. 1699 für hier nicht stattfindend erachtet, worüber die Entscheidungsgründe sagen:

„Wenn endlich der Beklagte dem Kläger Tobriner gegenüber von dem Rechte, welches der L.R.S. 1699 dem Schuldner eines strittigen Rechtes gegen den Rechtsnehmer gewährt, in der Art Gebrauch macht, daß er zwar den Rechtsstreit fortsetzen, jedoch auch im Falle des Unterliegens dem Kläger nur den Cessionspreis nebst Zinsen und Kosten bezahlen will, so widerspricht dies dem Wortlaute des Gesetzes, indem dort die fragliche Befugniß nur dem Schuldner eines „strittigen Rechts,“ somit dann nicht mehr gewährt wird, wenn das Recht durch die Feststellung im Urtheil seine Eigenschaft als strittiges verloren hat, und dem Zwecke des Gesetzes, weil hiemit eine gütliche Auseinandersetzung unter den Parteien nur um so mehr gehindert würde.“ **)

Otf.

IV.

Ist der dritte Diebstahl nach dem neuen Strafgesetzbuche ein besonderes Verbrechen?

Oberhofg. Jahrbücher n. F. XIII. Bd. „Rückfall in den Diebstahl“ II. S. 365.

Franz Bächle von Oberwolfach war vom Amte schon dreimal wegen Diebstahls bestraft worden. Das letzte Mal geschah dieß aus Versehen des Untersuchungsrichters, welcher den Bächle nur wegen Rückfalls in den Diebstahl bestrafte, anstatt die Akten zur Aburtheilung wegen dritten Diebstahls dem Hofgericht vorzulegen. Nun machte sich Bächle einer weiteren Entwendung schuldig und es erhob sich die Frage, wie diese zu characterisiren sei.

Der dritte Senat des mittelrheinischen Hofgerichts nahm entgegen der oben citirten Ausführung in den oberhofg. Jahrbüchern unter Beziehung auf den bestimmten Wortlaut des §. 384 St.G.B. an, daß der dritte Diebstahl allerdings „ein besonderes Verbrechen“ (gesetzlich ausgezeichneter Diebstahl) sei, und daher Niemand wegen Rückfalls in den dritten Diebstahl bestraft werden könne, welcher nicht schon des dritten Diebstahls für schuldig erklärt worden war. Es wurde daher Bächle nur des dritten Diebstahls für schuldig erklärt, bei der Strafausmessung aber die gebührende Rücksicht auf seine früheren Bestrafungen genommen.

Ehe dieses Urtheil abgelassen wurde, kam die eben aufgeworfene Frage in der Plenarsitzung vom 10. Februar zur Berathung. Das Plenum trat der Entscheidung des dritten Senats bei.

D.

*) Eine entgegengesetzte Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichtes und des Oberhofgerichtes findet sich in Annalen 1837 S. 60.
D.

**) Gleicher Ansicht ist Zachariä, II. Band §. 359 III. Note 69 wenn er dieses Vorkaufsrecht unter der Voraussetzung nicht zuläßt, „daß der Prozeß so gut als verloren für den Schuldner zu betrachten wäre.“ Aehnliche Entscheidungen französischer Gerichtshöfe finden sich in Gilbert Code annoté zu Art. 1699 No. 8. So auch Troplong No. 987 und Duvagier No. 374 und 375.
D.

Berichtigungen.

In No. 11 S. 85 Sp. 1 Z. 10 von unten ist „Staatsschreiber“ statt „Rathschreiber“ zu lesen.

In dem Aufsatz in No. 12 „Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal“ sind folgende Druckfehler zu berichtigen:

S. 89 in der ersten Zeile (im Eingang) ist statt nur zu lesen: nun.
S. 92 Sp. 1 Z. 11 statt nie unmäßiger: nur ein mäßiger.
Sp. 2 Z. 6 von unten ist die fehlende Ordnungszahl 6) vor die Worte: Zu den ... zu setzen.
Sp. 2 in der Mitte ist statt vereitelten zu lesen: verwickelten Fragen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 14.** Mannheim, 31. März 1855.

I.

Zum Gesetze vom 20. April 1849 (Regierungsblatt No. 23) die Ablösung der Erb- und Schupflehen betr.

Findet die in §. 6 dieses Gesetzes vorgeschriebene Vervielfältigung mit 18, beziehungsweise 16 auch zur Herstellung des Ablösungskapitals für die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren (Handlohn und Sterbfall) statt? — §. 7 des Gesetzes.

Diese Frage wurde nach der Mittheilung in No. 11 S. 83 dieser Blätter vom großherzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreises J. S. Becker gegen die Gemeinde Buchen bejahend entschieden, was mich veranlaßt, meine entgegenstehende Ansicht hier mitzutheilen.

Der §. 7 des Lehenablösungsgesetzes lautet:

„die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren sind also zu berechnen, daß für den Handlohn (Ehrschatz) der zehnte Theil desselben, für den Sterbfall die Hälfte der Fallgebühr in Ansatz kommt."

Nachdem nämlich der §. 2 die Gegenstände der Ablösung nach Rubriken aufgezählt und als solche bezeichnet hatte:

1) den Lehenzins (Canon),
2) die Gegenleistungen des Lehenherrn,
3) die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren (den Handlohn oder Ehrschatz und den Sterbfall),
4) das Heimfallsrecht,

ist in den §§. 3 — 6 einschließlich festgesetzt, wie das Ablösungskapital für Lehenzins und Gegenleistungen des Lehenherrn zu ermitteln sei, und hier wird dann — durch §. 6 — bestimmt, daß dieses Ablösungskapital im 18- und beziehungsweise 16fachen Betrage der jährlichen Leistungen des Lehenmannes nach Abzug der Gegenleistungen des Lehenherrn zu bestehen habe. — Daran sich reihend, verordnet der §. 7 (dessen Anfangsworte offenbar nur deßhalb mit gesperrter Schrift gedruckt sind, um anzudeuten, daß jetzt ein neuer Hauptabschnitt der Vorschriften über Bildung der Ablösungskapitalien beginne) daß für den Handlohn ein Zehntel desselben, für den Sterbfall die Hälfte der Fallgebühr in Ansatz komme. Die §§. 8 und 9 geben sodann an, wie das Heimfallsrecht abzulösen sei.

Hält man nun die Worte: in Ansatz kommt im §. 7 zusammen einerseits mit den §§. 3—6, andererseits mit den §§. 8 und 9, so ergibt sich schon aus jenen Worten und aus deren Stellung, wie mir scheint, ziemlich klar, daß dieselben durchaus nichts anderes besagen, als, das Ablösungskapital für den Ehrschatz oder Handlohn besteht im zehnten Theil desselben, das Ablösungskapital für den Sterbfall ist gleich der Hälfte der Fallgebühr. Der §. 7 und nur dieser ist maaßgebend über die Frage, wie die Besitzveränderungsgebühren abzulösen seien; eben weil aber dieser §. ganz klar und bestimmt sagt, wie dieses zu geschehen habe, erscheint es weder als geboten, noch als statthaft, die Bestimmungen des §. 6 in den §. 7 herüberzuziehen.

Wenn sich in No. 11 dieser Blätter für die gegentheilige Ansicht auf den Commissionsbericht der zweiten Kammer der Landstände (9. Beilageheft S. 72) berufen wird, so scheint mir bei genauerer Besichtigung auch dieses Argument schwinden zu müssen. Der Hauptinhalt des Commissionsberichtes, in so weit er den §. 6

des damaligen Gesetzesentwurfs behandelt, ist nämlich der, daß die Commission vorschlug, die in den §§. 3—6 erwähnten Leistungen und Gegenleistungen — denn von diesen, nicht aber von den Besitzveränderungsgebühren, war auch im ursprünglichen Gesetzentwurf

1. Protokollheft der Verhandlungen der ersten Kammer von 1847/49 S. 107—114,

nur allein die Rede — 18- und beziehungsweise 16fach ablösen zu lassen, während die Regierung und die erste Kammer die Ablösung im 20fachen Betrage vorgeschlagen, die würtembergischen und sigmaringenschen Gesetze aber für die meisten Grundabgaben, ohne Unterscheidung zwischen den Fällen, wo der Berechtigte und jenen, wo der Pflichtige kündet, nur das 16fache des Zehendbetrags als Entschädigungskapital festgesetzt hatten. Nun ganz nebenbei und um nicht unberührt zu lassen, daß jene ausländischen Gesetze nicht alle solche Abgaben 16fach ablösen ließen, bemerkte der Berichterstatter, daß für die Besitzveränderungs- und Theilgebühren nur die 12fache Ablösung verordnet sei. Denn letzterwähnte Aeußerung an jenem Orte — zu §. 6 — kann um so weniger so gedeutet werden, wie dies in No. 11 dieser Blätter geschah, da die Commission der zweiten Kammer die von der ersten beantragten Aenderungen den § 7 des Regierungsentwurfs zur Annahme empfahl, diese Aenderungen aber gerade den Kern zu der Ansicht enthalten, welche in gegenwärtigem Aufsatze vertheidigt wird.

Wenden wir uns nämlich zur Entstehungsgeschichte des §. 7 des Gesetzes über Ablösung der Erb- und Schupflehen, so finden wir im ursprünglichen, an die erste Ständekammer gebrachten Gesetzentwurfe die Vorschrift, daß die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren nach den Bestimmungen des Gesetzes über Ablösung der Drittelspflicht

Regierungsblatt von 1820 No. 15 S. 110 u. 111 — §. 12 —

zu berechnen seien.

Im Commissionsbericht der ersten Kammer

Verhandlungen derselben in den Jahren 1847—1848 1. Beilageheft S. 293—305,

wurde nun aber zu §. 7 hervorgehoben, daß das Gesetz über Ablösung der Drittelspflicht für die Berechnung des Ablösungskapitals der Besitzveränderungsgebühren zu schwierig sei, und man schlug deßhalb ein einfacheres Verfahren, nämlich jenes vor, welches bisher schon rücksichtlich der Ablösung der domänenärarischen bestanden hatte, und das in dem vom Regenten aus großh. Staatsministerium unterm 11. Mai 1826 genehmigten Normativ

Reggsbl. von 1826 No. 15

beschrieben ist. Die Commission schlug also vor, den §. 7 folgendermaaßen zu fassen:

„Die bei Besitzveränderungen zu bezahlenden Gebühren sind (nach der Verordnung vom 11. Mai 1826) also zu berechnen, daß für den Handlohn (Ehrschatz) der zehnte Theil desselben, für den Sterbfall die Hälfte der Fallgebühr in Ansatz kommt."

Die inclavirten Worte wurden sodann auf Antrag des Regierungscommissärs — wahrscheinlich als überflüssig, und weil man nicht eine bloße Verordnung in ein Gesetz hineintragen wollte — bei der Diskussion der ersten Kammer

1. Protokollheft S. 277—289

gestrichen, so daß aus diesem Strich die jetzige Fassung des §. 7 des Gesetzes hervorging, nachdem auch die zweite Kammer auf den Vorschlag ihrer Commission die von der ersten beliebte Fassung jenes §. angenommen hatte.

9. Beilageheft S. 72; 10. Protokollheft S. 88—91.

Damit steht also fest, daß die Besitzveränderungsgebühren nach §. 7 des Gesetzes gerade so abgelöst werden sollen, wie diese Ablösung schon längst durch die obenerwähnte landesherrliche Verordnung für die Erb- und Schupflehen des Aerars, genehmigt worden war.

Abschnitt 4 dieser Verordnung lautet nun aber wörtlich:

„Der Abkauf des Canons geschieht im achtzehnfachen Betrag.

Als Ablösungssumme für den Sterbfall wird die Hälfte der Fallgebühr, und als Ablösungssumme für das Laudemium der zehnte Theil desselben, angesetzt."

Diese Ausdrucksweise duldet wohl keine andere Auslegung, als die von mir vertheidigte; wäre sie im §. 7 des Gesetzes gewählt worden, so hätte eine Meinungsverschiedenheit über dessen Sinn und Bedeutung wohl gar nie entstehen können.

So wäre denn aus dem Wortlaute und aus der

Entstehungsgeschichte des Gesetzes über die Lehenablösungen, insbesondere seines §. 7., wie ich glaube, nachgewiesen, daß die in der Aufschrift gestellte Frage verneinend dahin zu beantworten sei:

> daß als Ablösungskapital für den Handlohn (Ehrschatz, laudemium) mehr nicht als der zehnte Theil desselben, als Ablösungskapital für den Sterbfall nur die Hälfte der Fallgebühr berechnet werden dürfe.

Daß bei solcher Sachlage die Analogie des erst unterm 12. Febr. 1851 unter ganz andern Zeitverhältnissen gegebenen Gesetzes über Entschädigung für durch das Gesez vom 10. April 1848 aufgehobene Feudalrechte nicht angerufen werden könne, um der hier bekämpften Gesetzesauslegung Eingang zu verschaffen, dürfte keinem Zweifel unterliegen.*)

M.

II.

Zum L.R.S. 2198.

Der unter dieser Aufschrift erschienene Aufsaz in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. XIII. Bd. S. 435 gab, als die darin behandelte Frage I. S. Landfried gegen Baumgärtner zur Entscheidung dem mittelrheinischen Hofgerichte vorlag, zur wiederholten Prüfung dieser Controverse Anlaß. Der I. Senat entschied sich jedoch für die Beibehaltung der bisherigen Uebung, und zwar aus folgenden

Gründen.

„Die Frage, ob das Pfandrecht nach L.R.S. 2198 dadurch erloschen sei, daß in dem an großh. Amtsrevisorat gesandten Auszug aus dem Kauf- und Tauschbuche bezeugt ward, die ertauschten Güter seien unterpfandsfrei, ist zu bejahen.

Es ist zwar richtig, daß in Baden der Eintrag zum Grundbuche nicht wie in Frankreich blos bei Schenkungen und im Falle des Pfandlöschungsverfahrens der Säze 2181 und folg., sondern überhaupt nöthig ist, um sein Eigenthumsrecht gegen Dritte wirksam zu schützen. L.R.S. 1583 a, §. 25 II. Einf.Ed. Allein gleichwohl ist die Befugniß zu diesem Löschungsverfahren auch in Baden eine der Wirkungen des Eintrags.

Ferner hat zwar gesezlicher Anordnung nach die Eintragung zum Grundbuch nur die Gewähr für lastenfreies Eigenthum, nicht aber auch die für Pfandfreiheit zum Zweck, wie auch Brauer IV. S. 420 und ff. zu S. 2198 bezeugt.

Auch ist die vom Ministerium des Innern i. J. 1824 ausgegangene Instruction über Führung der Grundbücher weder im Regierungsblatt, noch in einem Verordnungsblatt verkündet, und hat abgesehen davon, daß sie selbst als gehörig verkündete Verordnung das Gesetz nicht ändern könnte, nicht einmal die Geltung einer wirklich verkündeten Verordnung. (L.R.S. 1 a.)

Immerhin aber ist sie eine von der damals zuständig gewesenen Oberaufsichtsbehörde an die Gewähr- und Pfandgerichte, und die großh. Amtsrevisorate zur Nachachtung erlassene dienstliche Weisung, indem das im Jahr 1822 wieder errichtete Justizdepartement ausdrücklich nur die Aufsicht über die Justizverwaltung erhielt (Reg.-Bl. 2 S. 7,) während ihm erst i. J. 1826 auch die Aufsicht über die Amtsrevisorate (Reg. Bl. 1826 S. 54) übertragen worden ist.

Wenn nun nach §. 5 a dieser Instruction die ohnehin aus den ganz gleichen Mitgliedern bestehenden Gewähr- und Pfandgerichte in der Eigenschaft als Gewährgerichte angewiesen sind, auch die Pfandeinträge zu prüfen, und beim Grundbucheintrag von den Pfandlasten Erwähnung zu thun, und nach §. 13, 15 der Instruction von Amtswegen Auszüge der Grundbucheinträge dem Amtsrevisorat behufs der Fertigung des Kauf- und Tauschbriefes auch ohne Antrag der Betheiligten einzusenden, und wenn die Amtsrevisorate den ihnen durch diese Auszüge bekannt werdenden Pfandgläubigern urkundliche Nachricht vom Eigenthumswechsel zur Wahrung ihrer Rechte geben müssen, so haben sie, obwohl die Auszüge bei ihnen aufbewahrt bleiben, doch auch vom Pfandbuchsauszug dem Käufer im Kaufbrief selbst Kenntniß zu geben, so daß dieser

---

*) Nur vorübergehend sei noch erwähnt, daß nach der von mir vertheidigten Ansicht auch von der großherzogl. Seekreisregierung, und, so viel mir bekannt, vom großherzogl. katholischen Oberkirchenrathe, vom erzbischöflichen Ordinariate und von der fürstlich fürstenbergischen Standesherrschaft bei Lehenablösungen bisher verfahren worden ist. Nur ein Fall — außer dem in No. 14 dieser Blätter mitgetheilten — ist mir zur Kenntniß gekommen, wo die von mir angefochtene Auslegung zur Geltung gelangte, nämlich in einem Erblehenablösungsvertrage zwischen einem grundherrlichen Rentamte und dessen Lehenmann.

Käufer im Besitz einer amtlichen Beurkundung über das Vorhandensein der Pfandlasten das Löschungsverfahren einleiten kann. Es wäre daher eine nutzlose Formalität ihm noch einmal die Erhebung eines weiteren Pfandbuchsauszugs zu diesem Zwecke zuzumuthen, da die Worte des L.R.S. 2198, daß ein solcher Auszug nur gegeben werden soll „falls der Käufer darum nachsucht," — nur dahin zu verstehen sind, „im Falle — er darum bittet," — nicht aber dahin, daß von diesem Nachsuchen die Wirksamkeit dieses Zeugnisses, welches darin besteht, daß die übergangenen Pfandlasten gegenüber dem Käufer kraftlos werden, abhängig gemacht wird."

In der am 8. Februar stattgehabten Plenarberathung billigte der in vollem Rathe versammelte Gerichtshof die gegebene Entscheidung. Man hat hiebei zwar nicht übersehen, daß das Gesetz den Eintrag der Pfandlasten ins Grundbuch nicht vorschreibe, an dem Entledigungsverfahren gesetzlich nichts geändert sei, und die Pfandschreibereiinstruction vom Jahr 1824 keine Gesetzeskraft habe. Zu dem Ergebniß der Berathung gelangte man aber neben den in J. S. Landfried gegen Baumgärtner eben mitgetheilten Entscheidungsgründen hauptsächlich, indem man von folgenden Sätzen ausging:

1) Die Worte in S. 2198 — „nach der Eintragung seiner Rechtsurkunde zum Grundbuch" — sind in keiner Weise von Belang. Sie haben nur die Bedeutung, daß ein vor diesem Eintrag aufgestelltes Zeugniß unvollständig wäre, weil in der Zwischenzeit bis zu diesem Grundbuchseintrag noch andere Pfandrechte auf das veräußerte Gut hätten eingeschrieben werden können, welche Rücksicht hinwegfällt, wenn gleichzeitig mit dem Grundbuchseintrag auch das Zeugniß über die auf dem Gute haftenden Vorzugs- und Unterpfandslasten im Eintrage, und in dem darnach zu fertigenden Auszuge ausgestellt wird, indem von diesem Eintrag an kein Pfandrecht mehr nachkommen kann.

2) Der Käufer hat keine thatsächliche Veranlassung ein Zeugniß nachzusuchen: Denn der Eintrag in das Grundbuch wird von beiden Parteien, also auch vom Käufer unterschrieben. Da in diesen Eintrag schon die Pfandlasten (nach Z. 8 des vorgeschriebenen Fragebogens) aufgenommen werden, so erhält schon hiedurch der Käufer officielle Kenntniß von den Pfandlasten. Auf den Grund des vom Gewährgerichte an das Amtsrevisorat eingesendeten Auszugs wird dem Käufer in amtlicher Weise der Stand der Pfandlasten mitgetheilt. Ein Grund, Mißtrauen in die Richtigkeit dieses Auszugs zu setzen, liegt nicht vor. Der Käufer kann eher Ursache haben zu glauben, daß ein von dem Pfandgericht auf sein, als auf eines Privatmannes Ansuchen ausgestelltes Zeugniß nicht mit der Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt bearbeitet werde, als ein Zeugniß, welches das Pfandgericht der ihm vorgesetzten Dienstbehörde in Ausübung einer amtlichen Pflicht einsendet.

3) Nicht das Nachsuchen um ein Zeugniß kann der Gesetzgeber als einen Zweck im Auge gehabt haben, sondern die amtliche Ausfertigung des Zeugnisses über das Vorhandensein der Pfandlasten. Das Nachsuchen ist im französischen Gesetzbuche (und im Landrechte vor der Pfandschreibereiinstruction) nur vorgeschrieben, weil sonst der Käufer ein solches Zeugniß nicht erhält.

4) Das Gesetz hat auch das Nachsuchen nicht als eine nothwendige Feierlichkeit oder Förmlichkeit erklärt und an deren Nichtbeobachtung die Richtigkeit des Geschäftes geknüpft. Nach L.R.S. [illegible] kann daher dem von Amtswegen aufgestellten Zeugnisse eine geringere Wirksamkeit nicht beigelegt werden, als wenn von derselben Behörde dasselbe Zeugniß über denselben Gegenstand — aber nur auf Ansuchen eines Privaten — des Käufers, ausgestellt worden wäre.

Off.

III.

Kann eine Parthie, welche den Eid zurückgeschoben hat, auch nach erlassenem Urtheile ihn wieder zurücknehmen, um ihn selbst zu schwören, wenn der Gegentheil den zurückgeschobenen Eid noch nicht angenommen hatte?

P.-O. §. 547. 549. 1121.

In der Sache Sänger gegen Seeligmann hatte der Kläger in der Berufungsinstanz — die Berufungsverhandlungen waren vor dem Unterrichter gepflogen worden — dem Beklagten einen Eid zum Beweise seiner

Behauptungen zugeschoben. Der Beklagte bestritt die Erheblichkeit und Statthaftigkeit dieses Eides, und bat fürsorglich um Berichtigung der Eidesformel, indem er sich seine Erklärung über die Annahme vorbehielt. Das mittelrheinische Hofgericht gab ihm jedoch unter Androhung der Annahme der Eidesverweigerung auf, sich bestimmt zu erklären, ob er den zugeschobenen Eid annehme. Nun schob er den Eid mit dem Anfügen zurück, daß er sich für den Fall der Berichtigung der Eidesformel seine Erklärung vorbehalte. Die Akten wurden, ohne daß der Relat über die Annahme des ihm zurückgeschobenen Eides gehört worden war, dem Gerichtshofe vorgelegt. Dieser erkannte durch Urtheil auf den zurückgeschobenen Eid, indem er von der vorgeschlagenen Formel einen unwesentlichen Satz hinweg ließ. In der Eidestagfahrt verlangte nun der Beklagte, zur Leistung des zugeschobenen Eides zugelassen zu werden. In der urtheilsmäßigen Eidesformel erblickte er nämlich eine Berichtigung der vorgeschlagenen, ein Fall, für welchen er sich seine Erklärung vorbehalten habe, und zugleich wollte er von der Rechtswohlthat des §. 547 Pr.O. Gebrauch machen, da der Kläger eine Annahme des zurückgeschobenen Eides noch nicht ausgesprochen habe.

Der erste Grund dieses Gesuches, welches man in dieser Richtung für formell und materiell unstatthaft erachtete, konnte schon im Hinblick auf §. 1121 Pr.O. keine Berücksichtigung finden. Dagegen hielt man „nach Ansicht des §. 547 Pr.O. in Erwägung, daß der Kläger den ihm zurückgeschobenen Eid noch nicht angenommen hat," die Rücknahme des zugeschobenen Eides aus dem zweiten Grunde für zuläßig, und änderte den zurückgeschobenen Eid in den zugeschobenen um, welchen nunmehr der Beklagte zu schwören hat.

Es scheinen mir gewichtige Bedenken gegen die Richtigkeit dieses Verfahrens zu sprechen, welche ich hier mittheilen will:

Der §. 1121 Pr.O. läßt n a ch der Verkündung eines Urtheils Abänderungen der Bestimmungen desselben n u r in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel zu, insofern die Aenderung nicht in blaser nach den Vorschriften des Titels 43 nachgesuchter Erläuterung, oder Ergänzung oder in einer der im §. 1117 bezeichneten Verbesserungen besteht."

Daß nicht von der Erläuterung eines unklaren oder zweideutigen Urtheils, von der Verbesserung eines Schreib- oder Rechnungsfehlers, oder gar der nachträglichen Entscheidung eines übergegangenen Streitpunktes, oder einem analogen Verhältnisse in vorliegendem Falle die Rede ist, bedarf keines Nachweises.

Gerade daraus, daß der §. 1121 Pr.O. nur diese wenigen, und so bestimmt aufgestellten Ausnahmen zuläßt, in welchen die Aenderung eines Urtheils nach dessen Verkündung durch denselben Richter statt finden darf, erklärt der Gesetzgeber entschieden die Unzuläßigkeit weiterer Ausnahmen, wenn solche nicht etwa an einer andern Stelle des Gesetzbuches ausdrücklich erlaubt sind.

Darum haben auch anfänglich die Gerichte selbst in dem Falle des §. 594 (dem jetzigen §. 549) Pr.O. Anstand genommen, dem Delaten die Zurückschiebung des Eides noch n a ch erfolgter Verkündung des Urtheils zu gestatten, obschon es darin heißt:

„so lange der Eid noch n i ch t g e l e i st e t ist,"

und man hat sich durch eine umständlichere Fassung des Urtheils, worin auch der Fall der Zurückschiebung vorgesehen ist,

siehe Annalen II. S. 197 Note des Redakteurs Bekk,

oder durch einen Ergänzungsantrag, wenn dieser Fall nicht in das Urtheil aufgenommen war,

siehe Annalen IX. S. 236,

zu helfen gesucht. Die von B r a u e r in Blätter für Justiz und Verwaltung II. Bd. S. 558 vertretene Ansicht, daß hier eine A u s n a h m e des §. 1162 (jetzt 1121 Pr.O.) vorliege, hat indessen allgemeine Billigung gefunden, und gewiß mit Recht. Denn wenn das Gesetz die Zurückschiebung des angenommenen Eides für zuläßig erklärt, s o l a n g e e r n o ch n i ch t g e l e i st e t i st, so bestimmt es damit einen Tag der hinter der Verkündung des Urtheils liegt, weil die Pr.O. es ausdrücklich sagt, daß erst nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils Tagfahrt zur Eidesleistung anberaumt werden soll. §. 552 Pr.O.

Sind Ausnahmen an sich einer analogen Anwendung nicht fähig, so darf die Uebertragung einer Ausnahmebestimmung auf einen ähnlichen Fall dann um so weniger zugelassen werden, wenn es sich um eine so wichtige Bestimmung, wie die Aufrechthaltung der Unabänderlichkeit eines Urtheils handelt.

Der mittelrheinische Gerichtshof hat indessen auch in dem Falle des §. 547 Pr.O. eine Ausnahme von diesem

weitgreifenden Grundsätze des §. 1121 gefunden. Gegen diese Annahme wird eben so wohl der Wortlaut des §. 547 Pr.O. als die Vergleichung dieses mit dem §. 549 sprechen.

Der *Wortlaut* des §. 547 geht gewiß nicht dahin, daß durch die Stelle

„so lange er (der Eid) von der Gegenpartei noch nicht angenommen ist“

eine *ausdrückliche* Ausnahme von der Regel des §. 1121 statuirt würde. Der Sinn dieser Stelle ist vielmehr der, daß durch die Annahme des zurückgeschobenen Eides nunmehr ein Vertrag zwischen dem Zurückschiebenden und dem Zuschiebenden abgeschlossen worden ist, von dem nicht die eine Partei beliebig wieder abgehen kann. Eine ähnliche Bestimmung finden wir in §. 442 Pr.O.

Ein Zeuge wird gemeinschaftlich durch die *Erklärung* auf die Beweisantretung, ohne daß Einreden gegen die Unzulässigkeit des benannten Zeugen damit verbunden werden; in §. 401 durch die Vorlage einer Urkunde wird dieselbe gemeinschaftliches Beweismittel. Nach §. 374 kann auf ein gemeinschaftliches Beweismittel nur mit Zustimmung der Gegenpartei Verzicht geleistet werden. Und warum? weil durch die geeignete prozessualische Handlung, Erklärung auf die Beweisantretung durch Benennung eines Zeugen, Vorlage einer Urkunde, Annahme des zurückgeschobenen Eides der Gegenpartei *ein Recht* erwachsen ist, dessen sie nicht willkührlich beraubt werden kann. Ganz im Einklang mit §. 373 steht der §. 547. Dem Beweisführer steht das Recht zu, ein vorgeschlagenes Beweismittel fallen zu lassen, so lange dasselbe noch nicht gemeinschaftlich geworden ist; denn so lange hat er noch eine Verfügungsgewalt, ob er von dem Beweismittel Gebrauch machen will. Ebenso mit der Rücknahme des zurückgeschobenen Eides. Diese Bestimmung ist daher keine singuläre, sondern sie ist ein den Grundzügen des Beweisverfahrens gleichartige, und es war gewiß nicht der Wille des Gesetzgebers, die Befugniß zur Rücknahme bis über die Verkündung des Urtheils hinaus zu erstrecken.

Man hält zwar entgegen: „Die Pr.O. schreibt nicht vor *), daß der Deferent über die Annahme des zurückgeschobenen Eides gehört werde, und der Relat hat also gar keine prozessualische Veranlassung, sich über die Annahme vor der Urtheilsverkündung zu erklären. Bis zu dem Zeitpunkte, in welchem ihm eine bestimmte Auflage gemacht wird — und dieser ist erst in der anberaumten Eidestagfahrt gekommen — muß also dem Delaten die Rücknahme des zurückgeschobenen Eides freistehen.“ Diese Schlußfolgerung scheint mir nicht richtig zu sein. Daraus, daß der Richter im einzelnen Falle dem Relaten nicht die Auflage macht, sich über die Annahme des zurückgeschobenen Eides zu erklären, folgt zwar allerdings, daß dem Zurückschiebenden eine längere Frist offen ist, zur Rücknahme des zurückgeschobenen Eides, als wenn eine solche Auflage zur Erklärung erfolgt; nämlich *bis* zur Verkündung des Urtheils, nicht aber darüber hinaus.

Der *Wortlaut* des §. 547 Pr.O. wird daher wohl nicht für die Statuirung einer Ausnahme von der Regel des §. 1121 Pr.O. sprechen. Ebensowenig aber die Vergleichung der §§. 547 und 549, und der Zweck des letzteren Paragraphen. Dieser geht offenbar dahin, jenen gewissenhaften Menschen, welche über die streitigen Thatsachen ihrem Erinnerungsvermögen nicht ganz trauen, oder welchen erst nach der Annahme des Eides Zweifel kommen, noch bis zum letzten Augenblick einen Ausweg zu gestatten, auf welchem sie ihr Recht wahren können, um dadurch falschen Eiden vorzubeugen. Nicht so ist es im Falle des §. 547. Hier will derjenige, welcher seine Zweifel über die Richtigkeit seiner Behauptung schon durch die Zurückschiebung kund gethan hatte, nun den Eid dennoch schwören, gewissermaßen selbst auf die Gefahr hin, daß er sich geirrt hätte. Dieß verdient offenbar keine Begünstigung durch den Gesetzgeber!

Daß der Delat *ausnahmsweise* begünstigt

*) Es ist richtig, daß die Pr.O. nur beim zugeschobenen Eid (§. 535 Pr.O.) ausdrücklich verordnet, daß die Gegenpartei über die Annahme gehört werden soll; und gewiß ist, daß es nicht in dem Willen der alten Pr.O. lag, den Relaten über die Annahme des zurückgeschobenen Eides zu hören; denn diese verordnete ausdrücklich in §. 597: „Ist der zugeschobene Eid angenommen, oder zurückgeschoben, und der Richter findet nun erst, daß die Eidesformel einer Berichtigung bedarf, so tritt hier das im §. 581 vorgeschriebene Verfahren ein; *andernfalls wird nunmehr Tagfahrt zur Verkündung des Urtheils anberaumt.*“ Dieser Paragraph ist aber aus der neuen Pr.O. weggeblieben. Es dürfte wohl auch räthlich, und dem Geiste der neuen Pr.O. keinenfalls entgegen sein, den Relaten über die Annahme des zurückgeschobenen Eides zu hören. Denn wenn dieser nicht in der Lage ist, einen *Wahrheitseid* (§. 546) schwören zu können, so wird ihm dadurch Gelegenheit gegeben, dieß und damit die Unzulässigkeit der Eideszurückschiebung darzuthun. Im Falle er aber die Ausschwörung des zurückgeschobenen Eides verweigert, so wird er dadurch beweisfällig (§. 550) und es bedarf nicht mehr eines *bedingten* Endurtheils.

Dieß

werden sollte, ist oben gezeigt worden, denn ihm ist gestattet, den Eid, so lange er noch nicht geleistet ist, zurückzuschieben.

Die Gewissensvertretung aber wird ihm nur dann gestattet, wenn er wegen neuer Beweise Wiederherstellung erlangt hat. Nicht so in dem §. 547. Hier wird dem Delaten gestattet, den zurückgeschobenen Eid, so lange er von der Gegenpartei noch nicht angenommen ist, wieder zurückzunehmen, um ihn selbst zu schwören, oder „das Gewissen mit Beweis zu vertreten." Die Bedingung des §. 549, daß die Gewissensvertretung nur dann zulässig sei, wenn wegen neuer Beweise Wiederherstellung erlangt ist, findet sich hier nicht. Mir ist kein Grund denkbar, warum dem Delaten im Falle des §. 547 diese unbeschränkte Gewissensvertretung erlaubt sein soll, welche in dem ausdrücklich begünstigten Falle des §. 549 an die nicht leicht zu erfüllenden Bedingungen des §. 627 geknüpft ist. Diese Erlaubniß brächte die Folge mit sich, daß nach rechtskräftigem Urtheile in derselben Instanz ein neues Beweisverfahren unbeschränkt beginnen würde; — eine Folge, welche mit der ganzen Lehre von der Rechtskraft und von den Rechtsmitteln, wie solche unsere Pr.O. aufstellt, in offenbarem Widerspruche steht. —

Diese Ausführung wird vielleicht die Anregung zu weiterer Erörterung der, wie mir scheint, sehr erheblichen Streitfrage geben, und es wenigstens rechtfertigen, wenn ich oben gesagt habe, daß gewichtige Bedenken gegen die hofgerichtliche Entscheidung sprechen.

Ottendorff.

IV.

Schwurgerichts- und Cassations-Fall.

1) Fragestellung über Anstiftung und Beihilfe. §. 119. 120. 134. 135 St.G.B.

2) Eventuelle Fragestellung. §. 246 St.P.O.

Oberhofg. Jahrb. XIII. S. 175.

Annalen XXI. S. 180. ff. 332 ff.

Maier Elias Moos von G. war nach Inhalt des Verweisungserkenntnisses und der Anklage beschuldiget, die von A. Matt v. D. verübte Fälschung einer öffentlichen Urkunde dadurch angestiftet zu haben, daß er den Matt mehreremal aufgefordert oder ihm den Rath gegeben habe, eine falsche öffentliche Urkunde zu fertigen oder fertigen zu lassen.

Im Laufe der Verhandlung stellte der Staatsanwalt die Behauptung auf und begründete, daß, wenn Moos nicht als Anstifter für überwiesen erachtet werden wollte, er doch der Beihilfe sich schuldig machte, weil er durch Aufforderung und Rath den bereits gefaßten verbrecherischen Entschluß befördert oder bestärkt habe.

Der Schwurgerichtshof des Seekreises stellte nach gepflogenen Verhandlungen an die Geschworenen, bezüglich des Angeklagten Moos, folgende Fragen:

Fr. 1) Ist Moos schuldig, den Matt, ehe derselbe selbst schon den Entschluß zur Verübung des Verbrechens der Fälschung gefaßt hatte, vorsätzlich durch nachmalige Aufforderung und durch Rath zu diesem Entschlusse bestimmt und dadurch das Verbrechen desselben verursacht zu haben?

Im Falle der Bejahung dieser Frage.

Fr. 2) Wurde Matt außer der Einwirkung des Moos auf ihn noch durch eigene, von Moos nicht hervorgerufene Beweggründe zur Ausführung des Verbrechens bestimmt?

Im Falle der Verneinung der Frage 1.

Fr. 3) Ist Moos schuldig, den Entschluß des A. Matt zur Verübung des Verbrechens der Fälschung durch mehrmalige Aufforderung und Rath wissentlich erleichtert und befördert zu haben?

Die Geschworenen beantworteten
Fr. 1) mit „Nein,"
Fr. 2) „fällt weg,"
Fr. 3) mit „Ja."

In Folge dessen wurde Moos durch schwurgerichtliches Urtheil vom 21. Dezember v. J. der Beihilfe zur Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht für schuldig erklärt und in die betreffende Strafe verfällt.

Hiegegen erhob Moos die Nichtigkeitsbeschwerde, solche darauf stützend, daß der Schwurgerichtshof nicht berechtigt gewesen sei, die eventuelle, auf Beihilfe gerichtete Frage an die Geschworenen zu stellen, vielmehr die Frage auf Anstiftung, worauf allein das Verweisungserkenntniß und die Anklage gelautet, hätte beschränkt bleiben müssen.

Von großh. Oberhofgericht wurde aber durch Urtheil vom 24. Februar d. J. diese Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen, aus folgenden Gründen:

Der von M. Moos geltend gemachte Cassationsgrund,

welcher darin besteht, daß das Verweisungserkenntniß und die Anklage auf Anstiftung lauten, während im Widerspruch damit die eventuelle Frage an die Geschwornen, sowie das Urtheil des Schwurgerichtshofs die Beihilfe zum Verbrechen der Fälschung unterstellen, ist schlechthin verwerflich. Das Verweisungserkenntniß und die Anklage bezeichnen die Anschuldigungsthatsachen, welche sich ebensowohl auf die Anstiftung als auf die Beihilfe beziehen. Die letztere bildet ohnehin nur eine niederere Stufe der Mitwirkung zum Verbrechen und ist daher in dem Antrage auf Schuldigerklärung wegen Anstiftung inbegriffen. Der Schwurgerichtshof war mithin, auch ohne den während der schwurgerichtlichen Verhandlung vom Staatsanwalt noch ausdrücklich gestellten eventuellen Antrag, zu der sekundären Fragstellung an die Geschworenen berichtigt, weil er dadurch nur eine geringere, also minder strafbare Thätigkeit des Angeschuldigten für die Hervorbringung des nämlichen Verbrechens zum fürsorglichen Gegenstand des Wahrspruchs und des Urtheils gemacht, folglich den §. 246 Abs. 1 der St.P.O., welcher nur die Substituirung anderer Thatsachen oder einer strafbareren Willensbestimmung als sie dem Verweisungserkenntniß und der Anklage zu Grunde liegen, verbietet, nicht verletzt hat.

Haager.

V.

Findet das Gesetz vom 5. Februar 1851 Tit. XII. „Von dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige" auch auf Fälle Anwendung, welche nach dem alten Gesetze abgeurtheilt worden sind?

Es sind Zweifel darüber entstanden, ob das Gesetz vom 5. Februar 1851, insbesondere die Bestimmung in §. 140, auch auf ältere Fälle, insbesondere auf solche Anwendung finde, wo von mehreren Theilnehmern des nämlichen Verbrechens am 1. März 1851 bereits einer oder einige abgeurtheilt waren. Vrgl. §. 145 des allg. Gesetzes *)

Das großh. Oberhofgericht hat in der Untersuchungssache gegen Lehrer Graff er wegen Hochverraths sich dahin entschieden, daß der §. 140 auf die erwähnten Fälle Anwendung finde.

In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nämlich gesagt:

Nach dem hier maßgebenden Gesetze vom 5. Februar 1851 Tit. XII. (siehe insbesondere §§. 144 u. 147) wäre zur Begründung des Gesuchs um Wiederaufnahme der Untersuchung nothwendig, daß wahrscheinlich gemacht würde, daß der Angeschuldigte nicht wegen des Verbrechens, wegen dessen er verurtheilt worden, geflohen sei, und daß er von der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung erst nach der Aburtheilung Kenntniß erhalten habe. §. 140 des allg. Gesetzes.

Hgr.

VI.

Kurzgefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

(Fortsetzung.)

L.R.S. 334.

Zachariä III. §. 568.

Als eine öffentliche Urkunde im Sinne des L.R.S. 334 ist auch ein amtliches Protokoll anzusehen, wenn darin sich Jemand als der Vater eines natürlichen Kindes bekennt, zu dem Zweck, damit darauf Ansprüche an den Vater dieses Kindes gegründet werden können.

Gorenflo gegen Mayer. D.

*) Der §. 145 Abs. 2 des Einf.Ges. trifft Fürsorge, daß die nach dem 1. März 1851 zur Aburtheilung kommenden Theilnehmer an der hochverrätherischen Bewegung des Jahres 1849 nicht vor die Schwurgerichte verwiesen werden, in deren Competenz der Hochverrath nach §. 41 No. 35 gehört.

Durch den §. 140 ist die Wiederaufnahme des Verfahrens, von welcher der §. 12 des provisor. Gesetzes v. 1. August 1849 (Reg.-Bl. S. 397) handelt, zu Gunsten der Angeschuldigten mehr erleichtert und erweitert werden. Diese Vergünstigung kommt daher, nach Analogie des §. 71 auch denjenigen zu statten, welche gegen ein schon vor dem 1. März 1851 ergangenes Strafurtheil erst später die Reassumtion der Untersuchung begehren.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 15. | Mannheim, 7. April 1855.

I.

Ueber das prozessualische Verfahren, und insbesondere die Beweislast in dem Falle, wenn der überlebende Ehegatte und die Staatsgüterverwaltung den Nachlaß eines Verstorbenen, welcher weder erbfähige Verwandten noch natürliche Kinder zurückläßt, gleichzeitig in Anspruch nehmen.

L.R.S. 539. 713. 767. 768. 770.

Rechtsfall.

Am Morgen des 19. Januar 1853 wurden die Leichen des Schlossers M. Hafner und seiner Ehefrau im Schlafzimmer ihres Hauses in Karlsruhe gefunden. Am Abend vorher hatten beide Ehegatten noch gelebt, und einen bestimmten Beweis über den früheren Tod des einen oder des andern ergeben die Umstände nicht. Die Hafner'sche Ehefrau hatte zwar kurz zuvor den Entschluß, sich selbst den Tod zu geben, ausgesprochen, auch einen mißglückten Versuch der Selbstentleibung gemacht, und das Ehrgefühl des M. Hafner war durch einen Vorfall, der sich kurze Zeit vorher ereignet hatte, so tief verletzt, daß auch ihm der Tod willkommen zu sein schien. Es läßt sich annehmen, daß Hafner zuerst seiner Ehefrau mit deren Einwilligung einen Schuß durch die Brust beibrachte, und hierauf sich selbst erschoß. Denn es wurde nur eine Schußwaffe in dem Zimmer gefunden, des Hafner abgeschossene Büchse. Diese lag zu seinen Füßen; sein Kopf war zerschmettert, seine Frau hatte eine Schußwunde durch die Brust. Beide Leichen lagen nebeneinander, das linke Bein der Ehefrau war jedoch über den rechten Fuß des Mannes hingestreckt. Im Zimmer, in den Betten, nirgends eine Spur von Kampf.

Die Gerichtsärzte gaben ihren Ausspruch dahin ab, daß M. Hafner durch einen Schuß in den Kopf getödtet worden sei, und daß dieser Schuß augenblicklichen Tod zur Folge gehabt haben müsse. Auch die Wunde der Hafner'schen Ehefrau wurde für absolut tödtlich erklärt, „wobei jedoch — wie das Physikat begutachtete — die Möglichkeit nicht in Abrede gestellt werden kann, daß nach geschehener Verletzung bis zum Eintritte des Todes einige Minuten verstreichen konnten, und daß somit die Hafner'sche Ehefrau, wenn sie auch die Schußwunde früher erhalten haben mußte, als ihr Mann die seinige, diesen doch überlebte, was deßhalb angenommen werden muß, weil das linke Bein der Hafner'schen Ehefrau über dem rechten Fuß des Hafner liegend gefunden wurde."

Die Hafner'sche Ehefrau war kinderlos geblieben und hatte keine erbfähigen Verwandten zurückgelassen. Die großh. Generalstaatskasse als Staatsgüterverwaltung bat nun auf den Grund der L.R.S. 723. 768 und 770 um Einsetzung in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft der Hafner'schen Ehefrau. In diesem Schriftsatze war zugleich gesagt, daß Hafner seine Ehefrau getödtet habe, aber gleichwohl nach Lage der Sache vor ihr gestorben sein müsse.

Der Richter erließ eine Edictalladung nach Satz 770. Darauf meldeten sich Verwandte des Mannes und führten aus, daß die Ehefrau zuerst gestorben, daher von dem überlebenden Ehemanne beerbt worden sei, nach Satz 767. Sie suchten dieß daraus abzuleiten, daß gerade, weil Hafner seine Frau getödtet, er sie auch überlebt habe. Die Lage der Leichen beweise nichts, sie rühre wohl von den zuerst in das Zimmer gekommenen Personen her; überdieß müsse man hier, da beide in einer und derselben Gelegenheit gestorben und über 15, aber weniger als 60 Jahre alt gewesen seien (Satz 720; der Mann war 55, die Frau 50 Jahre alt), annehmen, daß der Mann, als

der des stärkeren Geschlechts länger gelebt habe, als die Frau.

Das Gesuch der Erben des Mannes ging dahin: „ohne Berücksichtigung der fiskalischen Ansprüche, vorzugsweise in Besitz und Gewähr der zum ehemännlichen Nachlaß gehörenden Verlassenschaft der Hafner'schen Ehefrau eingewiesen zu werden."

Der Richter erster Instanz legte nun der großh. Generalstaatskasse den Beweis auf, daß der Ehemann Hafner vor seiner Ehefrau gestorben sei. Die Generalstaatskasse bestritt, daß ihr dieser Beweis obliege; es sei vielmehr Sache der Erben des Mannes, möge man deren Eingabe als eine Hauptintervention oder als eine Klage ansehen, ihre Behauptung zu beweisen, daß die Frau früher gestorben und von dem Manne beerbt worden sei. Der Beweis wurde übrigens durch eine Reihe von Vermuthungen angetreten, und zuletzt ebenfalls die Rechtsvermuthung des Satzes 722 für die Staatskasse in Anspruch genommen, indem der Mann 5 Jahre älter gewesen sei, als die Frau, daher nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur früher gestorben sei. Nun wurde von den Hafner'schen Erben bestritten, daß hier die Sätze 720 und ff. anwendbar seien. Die Anwendbarkeit der L.R.S. 720 und ff. auf den hier vorliegenden Fall nahm auch der Richter nicht an. Er wies die Generalstaatskasse mit ihrem Begehren durch Urtheil ab, weil ihm der Beweis des Vorabsterbens des Hafner'schen Ehemanns nicht gelungen schien. Die Staatsgüterverwaltung bat nun um Erläuterung des Urtheils dahin, ob der Fiskus verpflichtet sei, die Erbfolgerechte der Einsprachekläger anzuerkennen? Dieses Gesuch wurde abgewiesen, weil in dem bisherigen Verfahren es sich lediglich darum handle, „ob dem Gesuche der Generalstaatskasse um Einsetzung Statt zu geben sei."

Die großh. Staatskasse reichte nun eine Beschwerdeschrift ein, worin sie bat, daß unter Aufhebung des amtlichen Urtheils der Unterrichter anzuweisen sei, „vorerst über die von den Einspracheklägern erhobenen Ansprüche zu erkennen," und nur fürsorglich wurde gebeten, diese Einsprachekläger mit ihren Ansprüchen auf die Verlassenschaft der Hafner'schen Ehefrau abzuweisen und den Staat in Besitz und Gewähr derselben einzuweisen.

Das mittelrheinische Hofgericht hielt die erste Beschwerde für begründet. Es stellte die Berufungsverhandlungen über den Anspruch der Staatsgüterverwaltung auf den Nachlaß der Hafner'sche Ehefrau bis zur Entscheidung der Anmeldung der Erben des M. Hafner zu diesem Nachlasse ein, und gab dem Amte auf, nach vorgängiger weiterer Verhandlung, oder sofort über das Begehren der Hafner'schen Erben um Einsetzung in Besitz und Gewähr in die Verlassenschaft der Hafner'schen Ehefrau zu entscheiden; und zwar aus folgenden

Gründen:

Dem Staate steht ein selbstständiges Recht auf eine Hinterlassenschaft nicht zu. Nur aus demselben Grunde, aus welchem ihm nach L.R.S. 539 und 713 alle ledigen und herrenlosen Sachen gehören, fällt ihm auch nach L.R.S. 539. 768 eine Verlassenschaft anheim, wenn das Erbe ledig ist. Sein Gesuch um Einsetzung in Besitz und Gewähr einer solchen Erbschaft ist daher stets nur als eine Anmeldung für den Fall zu betrachten, daß weder erbfähige Verwandten, noch ein überlebender Ehegatte, (beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger) vorhanden sind. Hat sich nun nach Erhebung eines Anspruchs auf eine solche Verlassenschaft durch die Staatsgüterverwaltung auf die durch Satz 770 verordnete Aufforderung hin ein überlebender Ehegatte (beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger) zur Erbschaft gemeldet, und um Einsetzung in Besitz und Gewähr derselben gebeten, so muß zuvor über diese Anmeldung entschieden werden, weil die gewährende oder abweisende Verbescheidung derselben für den Anspruch des Staats auf die gleiche Verlassenschaft nach Obigem durchaus präjudiciell ist. Denn dem Staate fällt die Verlassenschaft nur in letzter Ordnung ohne Nachweis einer eigenen Berechtigung insofern anheim, als kein Anderer eine Berechtigung begründet. Von diesem Standpunkte aus ist da, wo der Staat durch sein Einweisungsgesuch die im Satz 770 erwähnte Aufforderung veranlaßt hat, und nun näher Berechtigte wirklich auftreten, diesen gegenüber der Staat der Beklagte, dessen eventuelle Rechte lediglich von der Begründung oder Nichtbegründung der Berechtigung der aufgetretenen Provokaten abhängt.

Sonach hätte auch im vorliegenden Falle zuerst, oder wenigstens gleichzeitig über die Anmeldung der Hafner'schen Erben entschieden werden sollen. Mit Grund hat, als dieses nicht geschah, die Vertreterin des Staates um Ergänzung des Urtheils gebeten und die Beschwerde wegen abweislicher Verbescheidung dieses Gesuchs erscheint daher begründet.

Ottendorff.

II.

Gehört zum gesetzlichen Begriff der Begünstigung nach unserm Strafgesetzbuche ein bestimmter Erfolg?

St.G.B. §§. 142. 105. 106. 107. 108.

Diese Frage hat das mittelrheinische Hofgericht in folgendem Falle bejaht.

F. Sir hatte mit mehreren Genossen eine größere Quantität Gerste gestohlen. Nach verübter That verkaufte er dem M. Brecht hievon 1½ Malter für 8 fl. Sie kamen überein, daß Letzterer diese Frucht gegen Zahlung des Kaufpreises des Nachts an einer Kapelle im Walde in Empfang nehmen solle. Brecht fand sich mit Säcken an dem bezeichneten Platze ein, Sir aber wurde auf dem Wege dahin im Besitze der gestohlenen Frucht verhaftet.

Brecht wurde nun wegen versuchter Begünstigung verurtheilt. Dieses Erkenntniß stützte sich auf die Betrachtung, daß nach §. 142 St G.B. die Begünstigung ein „besonderes" von dem Hauptverbrechen getrenntes Vergehen sei. Als solches stehe es allen andern im Strafgesetzbuche mit Strafe bedrohten Vergehen gleich. Da nun von dem Gesetze darüber, ob ein bestimmter Erfolg zu dem Thatbestande der Begünstigung gehöre, eine ausdrückliche Vorschrift nicht gegeben sei, so müsse hier die allgemeine Regel eintreten, daß die Handlung des Thäters allein den Thatbestand nicht herstelle, sondern auch, daß der beabsichtigte Erfolg dieser Handlung in das Reich der äußern Erscheinung getreten sei.

Allein gerade die gesetzliche Bestimmung, daß die Begünstigung ein „besonderes Vergehen" sei, wurde auch zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht benützt. Hiernach ist es also nicht das Hauptverbrechen, — so wurde argumentirt — dessen Thatbestand nach seinen Merkmalen im einzelnen Falle entscheidet; sondern die im Gesetze gegebene Definition der Begünstigung muß darüber Aufschluß ertheilen, ob der Gesetzgeber zu dem Thatbestande der Begünstigung einen bestimmten Erfolg verlangt habe; und dieß ist nicht der Fall. Diese letztere Ansicht scheint den Vorzug zu verdienen. Denn, wenn es gleich richtig ist, daß im deutschen Strafrecht, entgegen dem römischen, der Ausgang eines verbrecherischen Unternehmens vielfach entscheidend ist und der Erfolg vorzugsweise berücksichtigt wird, so folgt daraus doch nicht, daß auch nach unserm Strafgesetzbuche das Eintreten eines äußern Erfolgs in der Regel zu dem Thatbestande eines Vergehens gehöre. Der §. 105 sagt vielmehr; ein Verbrechen sei dann vollendet, „wenn die zu seinem Begriffe gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, und, sofern dazu ein bestimmter Erfolg gehört, dieser eingetreten ist." Es läßt sich daher eher umgekehrt sagen, das Eintreten eines äußern Erfolgs bildet nicht die Regel, sondern der Erfolg gehört ebenfalls, wie irgend ein anderer, speciell bestimmter Umstand zu dem Thatbestande eines Verbrechens, oder nicht, je nachdem das Gesetz bei den einzelnen Verbrechen die Erfordernisse des Begriffs derselben festgestellt hat. Man muß daher beim einzelnen Verbrechen, somit auch bei dem der Begünstigung untersuchen, was zu dem Begriff desselben gehört.

Der Gesetzgeber will den wegen Begünstigung bestraft wissen, welcher dem Verbrecher „wissentlich Vorschub leistet, indem er ihm hinsichtlich der Sicherung oder des Genusses der Vortheile aus dem Verbrechen förderlich oder ihm zur Vereitlung der gerichtlichen Verfolgung behilflich ist." Dieser §. 142 spricht daher nur von den Handlungen des Begünstigers, es redet nicht davon, ob der Verbrecher aus diesen Handlungen auch wirklich jenen beabsichtigten Vortheil gezogen hat. Dieses allein ist der äußere beabsichtigte Erfolg, und gleichwohl schweigt darüber das Gesetz, während es so nahe lag, durch die einzige Wendung — — „Vorschub geleistet hat, — — behilflich gewesen ist" auch diesen Erfolg zu dem Begriffe des Verbrechens herbeizuziehen.

Bei der Ausdrucksweise des Gesetzes, wie sie vorliegt, muß man daher wohl zu der Auffassung kommen, daß der Gesetzgeber jenen wegen Begünstigung bestraft wissen wollte, welcher eine Handlung vornimmt, die an sich und im gegebenen Falle geeignet war, dem Verbrecher in Beziehung auf das Verbrechen Vorschub zu leisten. Mit der Vornahme dieser Handlung ist alsdann auch das Verbrechen vollendet; und Handlungen, die an sich nicht geeignet oder bis zu jenem Grade gediehen, daß sie im gegebenen Falle hiezu geeignet sind, werden meistens nur als Vorbereitungshandlungen im Sinne des §. 108 erscheinen; von einem beendigten Versuche nach §. 107 kann ohnehin hier keine Rede sein.

Wie sehr es aber auch dem juristischen Gefühle widerstrebt, einen Erfolg bei der Begünstigung zu verlangen, wenn man darunter versteht, daß dem Verbrecher ein Vorschub in dem Sinne geleistet worden ist, daß er

daraus den beabsichtigten Vortheil gezogen hat, mag der so oft vorkommende Fall zeigen, daß der Begünstiger den flüchtigen Verbrecher versteckt, die Gendarmerie aber in Kenntniß von dem Schlupfwinkel ihn dort sofort aufgreift. Hier hat der Begünstiger doch Alles gethan, was zu dem Begriffe des Verbrechens gehört, ja der Verbrecher selbst, dessen Mitwirkung das Gesetz gar nicht verlangt, war auch seinerseits thätig, und gleichwohl ist der beabsichtigte Erfolg, die Hilfe für den Verbrecher nicht eingetreten. Das Gesetz führt uns in Ziffer 1 das Verbergen des Verbrechers als ein Beispiel der Begünstigung an. Wer wird nun hier behaupten, daß das Vergehen nicht vollendet gewesen sei?

Durchgeht man die einzelnen Fälle der Begünstigung, welche das Gesetz beispielsweise aufführt, so wird man eine Reihe von gleichen Ergebnissen finden. Ueberall scheint mir die Hauptsache zu sein, daß der Begünstiger in der von dem Gesetzgeber verbotenen Weise zu dem verbotenen Zwecke thätig war, und diese Thätigkeit ist es, welche im öffentlichen Interresse bestraft werden soll. Dieß wird wohl um so mehr angenommen werden müssen, als das Gesetz, nicht wie beim Mord, bei der Brandstiftung u. s. w., bestimmt abgegrenzte Handlungen bezeichnet, welche den Begriff einer Begünstigung ausmachen sollen, sondern alle jene vielgestalteten, in ihrer äußeren Erscheinung sehr verschiedenen Thätigkeiten darunter begreift, welche geeignet sind, Vorschub zu leisten. Schon der Natur dieser verschiedenen Handlungen nach, ist der bestimmte Erfolg im gesetzlichen Sinne in dem einen Falle denkbar, in dem andern nicht. Wer einem Verbrecher zur Flucht verhilft, (§. 142 Z. 1) hat den beabsichtigten Erfolg nur erreicht, wenn durch seine Thätigkeit die Flucht wenigstens begonnen hat; wer aber gestohlene Sachen an sich nimmt (§. 142 Z. 3), dessen Handlung umfaßt durch seine Thätigkeit allein schon wie der Injuriant durch seine Schmähung den ganzen Begriff des Vergehens, und ein bestimmter Erfolg im gesetzlichen Sinne ist gar nicht denkbar. Man würde aber wohl zu auffallenden Resultaten gelangen, wenn man sagen wollte, bei einem und demselben Verbrechen gehört im einzelnen Falle zu dem Begriffe desselben ein bestimmter Erfolg, im andern Falle nicht. Man wird vielmehr sagen müssen:

> das Gesetz bezeichnet im §. 142 nur die Thätigkeit des Begünstigers als die mit Strafe bedrohte Handlung, und damit ist der Begriff des Vergehens abgeschlossen.

Ottendorf.

III.

1) **In wie fern wirkt die freiwillige Erfüllung einer umstoßbaren Verbindlichkeit einen Verzicht auf die Anfechtung des Geschäfts? L. R.S. 1338.**

2) **Kann ein Rechtsgeschäft schon deßhalb ganz umgestoßen werden, weil ein Theil davon nichtig ist? L.R.S. 6 n.**

Hafner gegen Fürstenberg.

Am 6. Dezember 1845 schloß Franz Hafner mit der fürstl. Standesherrschaft Fürstenberg einen Vertrag ab, wodurch das Erblehengut, welches Ersterer von seinen Eltern übernommen hatte, in volles Eigenthum verwandelt wurde.

Der an Fürstenberg zu entrichtende Abkaufspreis war auf 1740 fl. bestimmt, für welchen Fr. Hafner, statt baarer Zahlung, fünf zum Erblehen gehörige Grundstücke im Anschlag von 1770 fl. an Fürstenberg zu Eigenthum abtreten sollte.

Hafner trat auch wirklich die 5 Grundstücke ab und nahm den ihm von Fürstenberg ausbezahlten Ueberschuß von 30 fl. in Empfang.

Damit schien der Handel zu beiderseitiger Zufriedenheit abgethan. Allein im April 1853 klagte Hafner gegen Fürstenberg auf Umstoßung des Vertrags und Wiederherstellung des Erbbestandsverhältnisses deshalb:

1) weil er im Dezember 1845 — wiewohl gewaltsentlassen — noch minderjährig gewesen, und

2) weil er, da die an Fürstenberg überlassenen 5 Güterstücke zu jener Zeit einen Werth von 2445 fl. gehabt hätten, um wenigstens 675 fl. verkürzt worden sei.

Ohne das eine oder das andere zu bestreiten, schützte die Beklagte vor: der Vertrag vom 6. Dezember 1845 könne zufolge L.R.S. 1311 nicht mehr angefochten werden, nachdem Hafner denselben sowohl durch die Empfangnahme der erwähnten 30 fl. als durch die Unterzeichnung eines Auszugs aus dem Kauf- und Tauschbuche vom 28. Mai 1846, welcher zur Fertigung des Kaufbriefes an das Amtsrevisorat eingesendet wurde, als Volljähriger genehmigt und so auf die Umstoßung verzichtet habe.

Daß diese beiden Handlungen in die Zeit der Großjährigkeit des Klägers fallen, ist ebenfalls unbestritten,

Die hierauf gebaute Schlußfolge der Genehmigung wollte jedoch der Kläger nicht gelten lassen.

Der Unterrichter hielt auch die Einrede der Genehmigung, da sie weder ausdrücklich noch stillschweigend in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise geschehen, nach Ansicht des L.R.S. 1338, nicht für begründet und erkannte nach dem Klagbegehren.

Das großh. Hofgericht hingegen wies, auf die von der Beklagten eingewandte Appellation, den Kläger ab, indem es die Einrede der Genehmigung als begründet ansah, weil der Kläger bei Vornahme jener Handlungen gewußt haben müsse, daß er volljährig sei. Stabel Vorträge S. 197.

Dagegen sagen die Entscheidungsgründe nicht, daß dem Kläger die Verkürzung eben so bekannt gewesen sein mußte.

Gerade die Verkürzung aber wurde in dritter Instanz nicht für geheilt erachtet, weil von der Beklagten gar nirgends behauptet, viel weniger bewiesen war, daß der Kläger schon damals, als er die Urkunde vom 28. Mai 1846 unterschrieb und die 30 fl. quittirte, Kenntniß von dem Mehrwerth der abgetretenen Liegenschaften hatte.

Es sagt zwar z. B. Rogron ad Art. 1338:

„Si un homme parvenu à sa majorité exécute un acte, qu'il avait passé étant mineur, cette exécution est, sans aucun doute, une renonciation tacite au moyen de rescission et bien qu'il n'y ait aucune mention du motif; car celui, qui exécute, abandonnant la chose, ne peut le faire légèrement.“

Die herrschende Meinung begnügt sich aber mit der freiwilligen Erfüllung allein nicht, sondern verlangt noch weiter, daß demjenigen, welcher die nichtige Verbindlichkeit erfüllt hat, die Mängel und Fehler, wegen welcher das Geschäft hätte angefochten werden können, wenigstens bekannt gewesen sein müssen, wenn der Vollzug als Verzicht auf die Umstoßungsklage wirken soll. Vergl.

Zachariä, franz. Civ.Recht. II. §. 339 S. 323.
Lauckhardt, R. F/I. 66.
Stabel, a. a. O. S. 194.
Gilbert, ad Art. 1338. No. 18. 21.
Annalen IX. Beiblatt No. 2 S. 7.

Auf den Grund dieser von der Mehrheit adoptirten Ansicht hätte das amtliche Urtheil wieder hergestellt werden müssen. Gleichwohl bestätigte der höchste Gerichtshof unterm 8. März l. J. das hofgerichtliche Urtheil, weil ihm die Klage auf Umstoßung des ganzen Vertrags vom 6. Dezember 1845 nicht begründet zu sein schien.

Es ist nemlich nicht die Allification des Erblehens, welche den Hauptinhalt des Vertrages ausmacht, sondern nur das Geding: daß für den Kaufpreis von 1740 fl. fünf zum Lehen gehörige Grundstücke im Anschlag von 1770 fl. hingegeben werden sollten, wegen Verkürzung angefochten.

Aus der Nichtigkeit dieses Gedings folgt jedoch keineswegs die Ungültigkeit des Hauptvertrags, welcher damit in keinem unzertrennlichen Zusammenhange steht. L. R.S. 6 a.

Es mußte daher dem Kläger vorbehalten werden, jenes Geding besonders anzufechten und damit den geeigneten Antrag in der Sache selbst zu verbinden.

In dem vorliegenden Prozesse konnte der Richter, ohne die §§. 336 und 337 der Pr.O. zu verletzen, die Beklagte keinenfalls für schuldig erkennen, die fraglichen 5 Güterstücke gegen Bezahlung von 1770 fl. oder den Mehrwerth von 675 fl. herauszugeben, weil darauf weder ein Begehren gestellt, noch hierüber verhandelt worden war.

D. R.

IV.

1) Ueber den Ersatz des Recesses beim Verbrechen der Rechnersuntreue. §. 692 St.G.B.
2) Zur Auslegung des §. 704 St.G.B. Annalen XXI. S. 128.

Reinhard Modell von H. wurde für die Zeit vom 3. Februar 1849 bis 1. Januar 1853 als Zehnt- und Gemeinderechner gewählt und verpflichtet. Er machte einen Receß von 508 fl. 3 kr. Als die Liegenschaften des Modell im Zwangswege versteigert werden sollten, faßte die Gemeinde den Beschluß, dieselben, sofern kein annehmbares Gebot geschehe, selbst zu kaufen und parzellenweise wieder zu verkaufen, um mit dem zu erwerbenden Mehrerlös obigen Verlust zu decken. Es wurden ihr auch die Liegenschaften im Klumpenkauf um 2178 fl. zugeschlagen, während sie später durch Verkauf der einzelnen Stücke 2530 fl., somit einen Mehrerlös von 352 fl. erzielte. Die Gemeinde stellte selbst den Antrag, letztere Summe an

dem Receß von 508 fl. 3 kr. in Abzug zu bringen, so daß sich der noch nicht ersetzte Schaden bis auf 156 fl. 3 kr. verminderte.

Das Hofgericht des Seekreises erklärte auch den Angeschuldigten Modell der Rechnersuntreue im Betrage von 156 fl. 3 kr. für schuldig und verurtheilte denselben in die gesetzliche Strafe und sprach zugleich dessen Dienstent lassung aus, wogegen sich die Staatsbehörde deßhalb beschwerte,

1) weil der Receß des Angeschuldigten nur zu 156 fl. 3 kr. statt zu 508 fl. 3 kr. angenommen wurde, während die Bestimmung in §. 692 St.G.B. auf den Fall keine Anwendung finden könne, wo, wie hier, der Beschädigte aus den von ihm eigenthümlich erworbenen Liegenschaften, die früher Eigenthum seines untreuen Rechners gewesen, durch spätere glückliche Speculationen oder Manipulationen einen Gewinn erzielt; und

2) weil statt der Dienstentlassung nicht die stellvertretende Strafe erkannt wurde. In dieser Beziehung hatte die Staatsbehörde vorgetragen: Wenn auch die Dienstentlassung eine Strafe ist — für jene Rechner, welche Staatsdiener sind, und dadurch alle Rechte und Vortheile des Staatsdieners verlieren, so ist sie doch keine Strafe für Stiftungs- und Gemeindeverrechner, welche nur für eine bestimmte Zeit ernannt sind, und welche durch die Dienstentlassung nichts anderes als einen gering bezahlten Dienst verlieren. Dies ist nach den Kammerverhandlungen der Grund, warum die Bestimmung in §. 704 St.-G.B. gegeben wurde.

Das großh. Oberhofgericht änderte das hofgerichtliche Urtheil nur dahin ab, daß es statt der Dienstentlassung eine stellvertretende Gefängnißstrafe erkannte. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Es erscheint die Beschwerde des Staatsanwalts

zu 1 in Bezug auf die Größe des der Strafe zu Grunde liegenden Recesses als unbegründet. Die Annahme eines Recesses von nur 156 fl. 3 kr. beruht auf der Thatsache, daß die beschädigte Gemeinde Liegenschaften, die der Angeschuldigte zur möglichsten Deckung seines Recesses hingeben mußte, und die sie mit der ausgesprochenen Erwartung, durch einen spätern Wiederverkauf einen Mehrerlös erzielen und dadurch den Receß decken zu können, selbst übernommen hatte, wirklich um einen, den Ankaufspreis um 352 fl. übersteigenden Mehrerlös wieder veräußerte und das Ergebniß sofort auch zum Zwecke der Abrechnung an dem Recesse des Angeschuldigten zur gerichtlichen Kenntniß brachte. Dieser Vorgang ist offenbar nach der Absicht der Betheiligten und nach der Ausführung thatsächlich und rechtlich dem Falle gleichzustellen, wo der Schuldige selbst den Beschädigten theilweise befriedigte, denn der Letztere hat für den Erstern nur eben das gethan, was Dieser selbst zu thun nicht mehr im Stande war und zwar unter ausdrücklicher Darlegung von Zweck und Absicht. Die Bestimmung des §. 692 des Strafgesetzes wurde daher mit vollem Rechte hier zur Anwendung gebracht.

Dagegen ist

zu 2 die zweite der aufgestellten Beschwerden begründet. Nach §. 704 des St.G. tritt gegen Denjenigen, der kein ständiges, öffentliches Amt begleitet, statt der Dienstentlassung die in §. 169 des St.G. bestimmte stellvertretende Strafe ein, und daß jene Voraussetzung bei dem Angeschuldigten vorhanden ist, ergibt sich schon aus der, seiner Bestellung als Rechner vorhergegangenen Wahlbestimmung, daß seine Dienstführung bis zum 1. Januar 1853 zu laufen habe. —

Schon im Jahr 1853 hat großh. Oberhofgericht und zwar in der Untersuchungssache gegen Jakob Meister von R. wegen Rechnersuntreue den Grundsatz, daß auf Gemeinderechner, die nur auf eine bestimmte Anzahl von Jahren ernannt sind, die Vorschrift in §. 704 Anwendung finde, als richtig anerkannt, in diesem Falle aber eine stellvertretende Strafe nicht erkannt, weil die That noch unter der Herrschaft der älteren Gesetzgebung begangen worden ist und diese in §. 90 des Strafedikts wegen bereits vor dem Urtheil erfolgten Entfernung des Verrechners vom Dienst für die Dienstentsetzung keine Freiheitsstrafe substituirt hatte.

Haager.

V.

Das Ablehnungsrecht des Armenanwalts.

(Pr.O. §. 163 und 164.)

Unter der Herrschaft der bürgerlichen Pr.O. von 1831 (§. 164 — 166) war die Armenpartei berechtigt, einen zweiten Anwalt zu begehren, wenn der erste ihre Sache für grundlos erklärt hatte. Erklärte sich auch der zweite

Anwalt in gleichem Sinne, so wurde der Armenpartei überlassen, einen Vertreter, wobei sie nicht auf die Advocaten und recipirten Schriftverfasser beschränkt war, für sich aufzufinden und zu bestellen.

Bei der im Jahr 1851 erfolgten Revision der Pr.O. ist die Bestellung des zweiten Anwalts hinweggefallen. Es tritt jetzt, wenn der erste Anwalt die Vertretung ablehnt, dasselbe Verfahren ein, wie ehemals nach der Kündigung des zweiten. Dieses ist aber für die oberen Instanzen ganz ungeeignet, weil die Parteien oder die von ihnen aufgestellten Winkel-Advocaten in der Regel unfähig sind, einen Prozeß bei den Obergerichten zu führen.

Die unerquickliche Erscheinung, daß sich die Armenparteien entweder selbst vertreten oder durch andere Proletarier von gleicher Unfähigkeit vertreten lassen, kommt in der obergerichtlichen Praxis bei dem immer mehr um sich greifenden Pauperismus so häufig vor, daß es an der Zeit sein dürfte, den Wunsch hier auszusprechen, es möge dem Gesetzgeber gefallen, dem Armenanwalt das Recht der Niederlegung des Patrociniums wegen Grundlosigkeit der Sache zu entziehen, wie es billigerweise gleich damals hätte geschehen sollen, als der Armenpartei die Vergünstigung, einen zweiten Anwalt zu begehren, entzogen worden ist. Während der Anwalt die motivirte Aufkündigung fertigt, könnte er in derselben Zeit die Beschwerdeschrift nach der Intention seiner Partei entwerfen. Was er dann noch mündlich zur Begründung der aufgestellten Beschwerden vorzutragen für gut findet, muß seinem Ermessen anheimgestellt bleiben.

Nach diesem Vorschlag wurde der urtheilende Gerichtshof auf geordnetem Wege über den Stand der Sache unterrichtet und der Unannehmlichkeit enthoben, sich schriftlich und mündlich mit kauderwälschen Vorträgen rechtsunkundiger Personen behelligen zu lassen, welche das Streitverhältniß nur verwirren, aber nicht aufklären können.

Für die Armenpartei ist nur halb gesorgt, wenn sie der aufgestellte Anwalt nicht vertreten muß.

Man wende nicht ein, daß dem Anwalte nicht zugemuthet werden kann, eine faule Sache zu verfechten; der Vertheidiger vor dem Schwurgericht darf auch den Auftrag nicht deßhalb ablehnen, weil er die Erfolglosigkeit seiner Bemühungen voraussieht; er trägt vor, was sich nach seiner Einsicht für den Clienten sagen läßt, und erfüllt damit die ihm obliegende Pflicht so gut es geht. Ganz dasselbe ist ausführbar in bürgerlichen Streitsachen, welche bei den Obergerichten zu erledigen sind. Es handelt sich um die Beseitigung eines anerkannten, mit der Würde einer obergerichtlichen Verhandlung unverträglichen Mißstandes, welcher schon viel zu lange geherrscht hat. Möge sich der Gesetzgeber hievon überzeugen und alsbald Abhilfe gewähren!

VI.

Notheid über fremde Thatsachen.

Das Gesetz ermächtigt den Civilrichter, im Falle eines ungenügenden Beweises oder Gegenbeweises, bald zur Vervollständigung, bald zur Entkräftung desselben, auf einen Notheid zu erkennen, von dessen Leistung oder Verweigerung der Ausgang des Rechtsstreites abhängig gemacht wird. L.R.S. 1357 No. 2 und 1366. Pr.O. §. 410. 471. 531 Abs. 2. 545 587. 592 — 94.

Ob sich der Richter hiebei an die Vorschriften des §. 530 der Pr.O. halten müsse oder ob er auch fremde Thatsachen zum Notheid aussetzen dürfe? das ist die Frage, welche hier im Sinne der oberhofgerichtlichen Minorität beantwortet werden soll, nachdem die Ansicht der Majorität bereits in den Jahrbüchern n. F. XIII. 387 mitgetheilt worden ist.

Die Minorität nimmt an, daß der Notheid, da er nach den §§. 410. 471 u. 588 d. Pr.O. immer nur derjenigen Partei auferlegt werden soll, von welcher die Wahrheit am sichersten zu erwarten ist, als ein Wahrheitseid anzusehen sei.

Die bessere Sachkenntniß des Schwörenden soll diesem den Vorzug geben, weil der Notheid bezweckt, dem Richter eine genügendere Ueberzeugung von dem Streitverhältniß zu verschaffen, als jene ist, welche er aus den von den Parteien beigebrachten Beweisen gewonnen hat.

Schmid, Civ.Proc. II. §. 171. S. 411.
Annalen XXI. 87. Sp. 2.

Dieser Zweck kann aber überall da nicht erreicht werden, wo kein Theil den Wahrheitseid zu leisten im Stande ist.

Man wird daher wohl berechtigt sein, dem §. 603 der Pr.O. die Auslegung zu geben, daß auf einen Notheid stets innerhalb der durch §. 530 für den Haupteid

gesetzten Schranken zu erkennen sei, wie es eigentlich schon die Natur der Sache mit sich bringt.

Es ist nöthig, hieran festzuhalten, um nicht den abgeschafften Glaublichkeitseid wieder einzuführen oder das Recht von dem blosen Dafürhalten einer Partei abhängig zu machen.

Die französische Jurisprudenz kann bei unserer Frage nicht von Belang sein, weil hierüber die oben erwähnten Bestimmungen der bürgerlichen Proceßordnung den Ausschlag geben.

D. R.

VI.

Unter welchen Voraussetzungen sind die Anwälte befugt, für ihre, nach Maßgabe von §. 222 der Pr.O. bei Gericht übergebenen Schriftsätze die Gebühren des schriftlichen Verfahrens anzusprechen?

Auf Beschwerde der Anwälte gegen die vom Amte beschlossene Ermäßigung ihrer Gebührenansätze verfügte das mittelrheinische Hofgericht am 24. Februar l. J. J. S. Ockenfuß gegen St. Andreas-Hospital, die Nachdekretur aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß die beiderseitigen Anwälte ihr gegenseitiges Vorbringen in rubricirtem Rechtsstreite nicht in einer vereinbarten Schrift, noch in einem außergerichtlich vermittelten Schriftenwechsel niedergelegt und dem Gerichte zur Entscheidung übergeben haben, weßhalb keineswegs das Verfahren des §. 222 Pr.O. eingehalten wurde;

In Betracht, daß die Anwälte, auch wenn sie jenes Verfahren eingehalten hätten, gleichwohl in Ermanglung einer hiezu von den Parteien erhaltenen besonderen Vollmacht, gegenüber dem Clienten einen höheren Gebühransatz als denjenigen des mündlichen Verfahrens nicht beanspruchen könnten;

In Erwägung jedoch, daß die gedachte Rechtssache hinsichtlich der Rechtsfrage und auch hinsichtlich der anzuführenden persönlichen und sachlichen Verhältnisse nicht zu den gewöhnlichen und einfachen Prozessen gehört, wie schon durch Aufstellung von Rechtsanwälten auch von Seiten der Parteien anerkannt wurde, daß zudem die Anwälte mit Sachkenntniß und Fleiß zur Abkürzung der Verhandlung und damit zur Ersparung der Kosten einer Beweisverhandlung gebührend beitrugen, und daß der Unterrichter in einer vom gewöhnlichen schriftlichen Verfahren (Pr.O. §. 219) wenig abweichenden Weise den Schriftenwechsel der Anwälte vermittelt hat; — wird u. s. w.

P.

VII.

Zur Auslegung des §. 903 der Pr.O.

(Annalen 1854. No. 24. 26. 33. 52 und 1855 No. 2).

Vor Kurzem hat nun auch der erste Civilsenat des Hofgerichts zu Mannheim (in Sachen Hieronimus gegen Saacke dahier, Forderung bett.) durch seine Entscheidung anerkannt, daß die in Pr.O. §. 903 enthaltene Gesetzesänderung, wonach der zweite Absatz des §. 838 der alten Pr.O. gänzlich gestrichen wurde, in dem von der Commission der zweiten Kammer ausgesprochenen, von der ersten Kammer, sowie der Regierung ohne Vorbehalt oder Einwand gebilligten Sinne aufzufassen ist.

Wenn in einer neuerdings erschienenen Gegenausführung (No. 2. S. 13 d. Bl.) auf das bessere Glück Aller und auf die Humanität verwiesen wurde, so darf wohl daran erinnert werden, daß zum Glück Aller vor Allem die strenge Achtung der Rechte der Einzelnen gehört, und daß wie im Gebiete des bürgerlichen Rechtes uns hüten müssen, daß unsere Humanität nicht derjenigen ähnle, welche den Reichen das Leder nimmt, um es den Armen zu schenken.

Br.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 16. Mannheim, 14. April 1855.

I.

Schwurgerichtsfall über Mord.

Erkenntniß über ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens.

Am 19. August v. J, Nachmittags 2 Uhr, machte die ledige Maria Eva Klausner von Meßkirch laut jammernd und weinend dem Polizeidiener daselbst die Anzeige, daß sie ihr 11 Monate altes Kind Namens Elisabetha nicht mehr finde, welches sie auf dem Bette schlafend in ihrer verschlossenen Wohnung verlassen, als sie nach dem Mittagessen mit Karolina Schmitt in die Scheuer des Nachbarn Johann Büchêler gegangen sei, wo sie ¾ Stund lang gedroschen haben. Hievon wurde das Bezirks-Amt Meßkirch in Kenntniß gesetzt, welches sofort eine Commission beauftragte, Nachsuchungen anzustellen.

In der Kammer der Wohnung der Maria Eva Klausner lag beim Eintreffen der Kommission am Fußende des Bettes ein Kissen und auf demselben eine Windel, welche in der Mitte noch naß war, was sich als Urin zu erkennen gab. Auf dem Boden am Fußende der Bettlade lag ein Schlotzer, der noch ganz frisch von Feuchtigkeit und etwa zur Hälfte ausgesaugt war. In der Kammer und in der Wohnstube fand man keine Spuren von Blut und auch sonst nichts Auffallendes oder Verdächtiges. In dem Hause war das Kind nirgends zu finden. Man setzte die Nachsuchungen fort und fand dasselbe endlich hinter dem Hause in einer Senkgrube des Abtritts, gebildet durch ein 2 Fuß hohes und ebenso weites, mit Koth und Flüssigkeit gefülltes Faß, in welches das Abtrittrohr vom dritten und vierten Stocke einmündet.

In diesem Abtrittfasse lag das Kind unmittelbar unter dem vorhin erwähnten Abtrittrohre, den Kopf zu unterst in die Abtrittflüssigkeit eingesenkt, den Kopf und den Rücken des Körpers zu oberst etwas über die Flüssigkeit hervorragend.

Unterdessen war die Katharina Grömminger mit ihrem Manne in den Hof zu der Senkgrube hingekommen. Erstere, die sich hiebei unerschrocken und frech benahm, zog auf Geheiß eines Mitgliedes der Untersuchungscommission das Kind an einem Fuße aus der Flüssigkeit heraus, nachdem sie vorher eines der angelehnten Bretter, welche das Abtrittrohr von Vorne und von der Seite umgaben, hinweggenommen hatte. Das Kind war todt. Vor der Nase des Kindes sah man Schaum und es streckte ein wenig die Zunge zwischen den Zähnen hervor. Die sofort vorgenommene Leichenschau und Oeffnung ergab, daß das Kind gut genährt, wohl und regelmäßig gebaut war und keinen organischen Fehler hatte. Auch fand man am Kopfe zwei Schädelbrüche mit Blutertravasalen sowohl unter der äußeren weichen Schädeldecke als auf dem vorderen Lappen des großen Gehirns. Diesen inneren Verletzungen entsprachen äußere Hautabschärfungen auf der Schädelhaut. Im Magen, in der Luftröhre und in den feinsten Luftröhrenästen fand sich Abtrittsflüssigkeit wie solche in dem oben erwähnten Abtrittsfasse vorhanden war.

Aeußerlich waren noch viele Hautabschärfungen theils am rechten Winkel des Unterkiefers, theils auf dem Schädel, theils an den Fingern, jedoch von ganz geringem Umfange wahrzunehmen, welche zum Tode des Kindes nichts beigetragen haben.

Die kleine, blos 2 Linien im Durchmesser haltende Hauptstelle am rechten Winkel des Unterkiefers konnte, nach dem Gutachten der Gerichtsärzte, durch einen Druck von fremder Hand entstanden und bewirkt sein, um das Kind etwa am Schreien zu verhindern oder um es vorerst zu ersticken.

Von den Gerichtsärzten, insbesondere von dem hofgerichtlichen Medicinalreferenten wurde das Endgutachten dahin abgegeben:

1) daß die Elisabetha Klausner eines gewaltsamen Todes starb und zwar den des Ertrinkens in Folge eines von fremder Hand bewirkten Sturzes in das Abtrittfaß, in welchem es am 19. August v. J. todt gefunden wurde;
2) daß die der Angeschuldigten zur Last fallende Handlung schon ihrer allgemeinen Natur nach die tödtliche Wirkung hervorgebracht hat, und
3) die tödtliche Wirkung der Handlung von der Angeschuldigten mit Gewißheit vorausgesehen werden konnte.

Das fragliche Kind war geboren den 14. Sept. 1853, also am 19. August v. J. kaum 11 Monate alt. Es konnte, wie alle Kinder seines Alters, noch nicht gehen und somit nicht ohne fremde Gewalt in den Abtritt fallen. Auch haben keine zufälligen äußeren Umstände eingewirkt, welche ohne Mitwirkung einer dritten Person zum Tode des Kindes beigetragen haben konnten. Von außen konnte das Kind nicht in das Abtrittfaß geworfen worden sein, weil in diesem Falle das Kind hätte zum Hause herausgetragen werden müssen, was mehrere Personen, die in der Nähe sich befanden, hätten wahrnehmen müssen. Sodann fand man die angelehnten Bretter, welche das Abtrittrohr von Vorne und von der Seite umgaben, ohne Verrückung und in völliger Ordnung, ohne deren theilweisen Entfernung man das Kind hätte unmöglich in das Faß bringen können. Von dem Abtritte des dritten Stockes konnte das Kind wieder nicht in das Abtrittfaß geworfen werden. Dieser Abtritt, welcher durch ein besonderes schieflaufendes viereckiges Seitenrohr in das vom vierten Stocke herabführende Hauptrohr einmündet, ist der Art construirt, daß die Excremente durch die s. g. Brille in einer Entfernung von 7 Zoll auf das untere schiefe Brett auffallen und daselbst 2½ Fuß bis zur Einmündung in das Hauptrohr fortrutschen müssen, und erst nach Ueberwindung dieses Hindernisses in das Hauptrohr gelangen können. Das gleiche Hinderniß würde auch das Kind gefunden haben, wenn dieser Abtritt zur Ausführung der That gewählt worden wäre. Nun fanden sich beim gerichtlichen Augenschein, welcher noch am 19. August v. J. vorgenommen wurde, auf dem untern Brette des Seitenrohres noch feste Kothmassen, wie sie wegen der schiefen Richtung dieses Rohres daselbst einige Zeit liegen zu bleiben pflegen. Diese Kothmassen zeigten sich noch frisch, nicht abgewischt oder eingedrückt, wie es doch hätte sicher sein müssen, wenn ein so schwerer fester Körper, wie ein 11 Monate altes Kind ist, über sie hinabgerutscht wäre. Denn das Kind hatte über die Schultern eine Breite von 5⅛ Zoll. Der Umfang des Unterleibs betrug 1 Fuß 4 Zoll 3 Linien im Umkreis. Das Abtrittrohr des dritten Stockes hat an der Stelle, wo es in das Hauptrohr einmündet, eine Höhe von 7 Zoll und eine Breite von 9 Zoll. Dagegen verläuft das Hauptrohr vom vierten Stocke in ganz senkrechter Richtung ununterbrochen 28 Fuß 4 Zoll weit hinab bis auf 1½ Fuß zum oberen Rand des unter ihm stehenden Fasses. In diesem Rohre fand man gleichfalls keine Spuren, wie sie durch das Hinabrutschen oder Hinabfallen eines schweren festen Körpers entstehen können. Dieses Rohr hat aber eine Breite von 9 Zoll und eine Tiefe von 9 Zoll.

Außer dem Abtritte des dritten und vierten Stockes ist in dem ganzen Hause kein Abtritt und keine Oeffnung vorhanden, durch welche das Kind hätte in das Abtrittfaß geworfen werden können.

Es haben auch in der Schlußverhandlung ein Gemeinderathsmitglied und der Physikatsverweser, welche bei Vornahme des gerichtlichen Augenscheins vom 19. August anwesend waren, ihre Ueberzeugung dahin ausgesprochen, daß es als eine Unmöglichkeit bezeichnet werden müsse, daß das Kind auf irgend eine Weise durch das schiefe Abtrittrohr des dritten Stockes in das senkrechte Rohr des Abtrittes des vierten Stockes hätte gelangen können, ohne von seinem Durchgange in den auf dem unteren schiefen Brette des Abtrittes des dritten Stockes lagernden Kothmassen Spuren zurückzulassen und daß schlechterdings keine solche Spuren beim fraglichen Augenscheine haben entdeckt werden können. Beide, das Gemeinderathsmitglied und der Physikatsverweser haben diesem beigefügt, daß diese Beobachtung und Bemerkung sogleich beim Augenschein und von allen demselben anwohnenden Personen übereinstimmend gemacht worden sei.

Daraus ergab sich, daß das Kind nicht vom Abtritte des dritten, sondern nur vom Abtritte des vierten Stockes in das Abtrittfaß geworfen worden ist. Zu diesem Abtritt führt aber im ganzen Hause kein anderer Weg als durch die Wohnung der Grömminger'schen Familie und zwar durch die Wohnstube und Kammer derselben, an welch letztere der Abtritt anstoßt.

Deßhalb und da die Katharina Grömminger am 19.

August Nachmittags mit einem $3\frac{1}{2}$ Jahre alten Knaben allein im vierten Stocke anwesend war, auch mit der Mutter des Kindes ortskundig in Feindschaft lebte, beschuldigte die allgemeine Stimme sofort jene als die Thäterin, zumal gegen eine andere Person, namentlich gegen die Mutter des Kindes M. E. Klausner und ihre Verwandte gar kein Verdacht vorlag, indem diese das Kind sehr gerne und lieb hatten und dasselbe mit aller Sorgfalt ernährten und pflegten. In dieser Beziehung ist insbesondere hervorzuheben, daß die M. E. Klausner ihrem Kinde mit großer Liebe zugethan war, wenn dasselbe sich unwohl fühlte, sogleich ärztliche Hilfe gebrauchte und ihm während seines Unwohlseins mit aller Aufmerksamkeit abwartete, auch im Winter 1853/54, wo bekanntlich große Theuerung und Verdienstlosigkeit herrschte, ihre werthvollsten Habseligkeiten verkaufte, um für das Kind Nahrungsmittel anzuschaffen.

Katharina Grömminger geb. Hornsteiner ist in Meßkirch geboren den 24. Okt. 1809, katholisch und vermögenslos, lebt in zweiter Ehe mit Taglöhner Johann Grömminger von dort, aus welcher Ehe sie 3 noch lebende Töchter hat. Von braven Eltern erzeugt, erhielt sie eine ordentliche Erziehung und in der Schule mit den übrigen Kindern gehörigen Religionsunterricht. Sie lernte leicht die Schulgegenstände, hernach mit Geschicklichkeit die weiblichen Arbeiten, insbesondere das Nähen. Sie besitzt, wie man zu sagen pflegt, einen gesunden Verstand, faßt schnell und richtig auf, es war aber an derselben von jeher ein ziemlich hoher Grad von Verschmitztheit zu bemerken und sie zeigte schon in früher Jugend große Fertigkeit im Lügen.

Die Kirche soll sie mehr aus Heuchelei, denn aus Religiosität besucht haben. Schon in der Schule benahm sie sich bösartig und zanksüchtig und wurde deßhalb von ihren Altersgenossen gefürchtet und gemieden. Mit ihren Eltern und Geschwistern lebte sie beständig in Streit und Hader. Sie wurde frühzeitig sittlich verdorben und führte, obwohl sie sich schon im 21. Jahre verheirathete, schon im ledigen Stande einen unsittlichen Lebenswandel, den sie auch nach ihrer Verheirathung fortsetzte. Nach dem Zeugnisse der geistlichen und weltlichen Ortsvorgesetzten war sie von jeher als eine verläumderische, freche, verwegene, streit- und r a c h s ü c h t i g e Person bekannt und war deßhalb allgemein gefürchtet. Sie wurde vom Bezirksamt Meßkirch im Jahr 1833 wegen Ehrenkränkung mit 48 Stund Gefängniß und im Jahr 1841 wegen körperlicher Mißhandlung mit 4 Tag Gefängniß und vom Hofgericht des Seekreises im Jahr 1852 mit ihrem Manne wegen Körperverletzung der Maria Eva Klausner mit 5 Wochen Kreisgefängniß bestraft, welche Strafe sie auch erstanden hat.

Von diesem Vorfall an, in Folge dessen die letzte Verurtheilung erging, verwandelte sich das frühere freundschaftliche Verhältniß zwischen der Katharina Grömminger und der M. E. Klausner in ein sehr feindseliges und namentlich hegte die Erstere, nach den Aussagen der Zeugen einen tiefen Haß gegen Letztere, so zwar, daß jene nach ihrer Rückkehr aus dem Kreisgefängnisse sich öfters äußerte, die Klausner müsse noch in's Zuchthaus, sie möge machen was sie wolle. In dem Hause, in welchem die Katharina Grömminger den vierten Stock bewohnte, hielten sich noch mehrere Familien auf, namentlich die Wittwe Brigitte Schmitt geb. Marbeiter mit ihren Töchtern Sabina und Karolina Schmitt, sowie mit ihrer Schwestertochter M. E. Klausner und deren 11 Monate altem Kind Elisabetha, welche im dritten Stock ihre Wohnung haben. Von dieser Wohnung kamen schon früher 2 Stubenschlüssel hinweg, auch wurden aus derselben einige Gegenstände entwendet. Und es äußerten die Mitglieder der Familie Schmitt sofort den Verdacht, daß die Katharina Grömminger jene Schlüssel und diese Gegenstände entwendet habe. Am 19. August v. J. Nachmittags nach 12 Uhr waren in dem Hause nur folgende Personen anwesend: in der Werkstätte im untern Stock zur ebenen Erde Schlosser Hennes und sein Sohn, welche daselbst erwiesenermaßen ununterbrochen arbeiteten, in dem 3. Stocke das 11 Monate alte Kind der M. E. Klausner, welches in der Kammer auf dem Bette lag, und im 4. Stocke die Kath. Grömminger mit dem $3\frac{1}{2}$ Jahre alten Knaben Leander Bochazer, der bei ihr in Kost und Pflege war. Alle andern Personen hatten sich aus dem Hause entfernt, namentlich der Ehemann und die Töchter der Katharina Grömminger, sowie die Mitglieder der Familie Schmitt. Die Sabina Schmitt war nämlich auf das Feld gegangen. Die 85 Jahre alte Wittwe Schmitt hielt sich auf der Straße vor dem Hause auf, wo sie Aehren trocknete und hütete, damit das Geflügel nicht daran komme. Die M. E. Klausner hatte ihr Kind noch zwischen 11 und 12 Uhr auf der Straße herumgetragen, wo es von mehreren Personen ganz munter und gesund gesehen wurde. Um 12 Uhr legte sie das Kind in das Bett in der Kammer und als das Kind schlief, verließ sie um $12\frac{1}{4}$ Uhr

das Haus und begab sich in die Scheuer des Nachbarn Johann Bücheler, wohin ihr nach 10 Minuten die Karolina Schmitt folgte, nachdem dieselbe die Stubenthüre, welche den einzigen Eingang in die Schmitt'sche Wohnung bildet, zugeschlossen hatte und den Schlüssel mitnahm. Die M. E. Klausner und Karolina Schmitt, welche letztere bei ihrem Fortgehen das Kind gleichfalls noch schlafend im Bette liegen sah, hielten sich ununterbrochen in der Scheuer des Bücheler auf, woselbst sie droschen. Wie nun um 1½ Uhr die Karolina Schmitt in die Wohnung zurückkehrte, um ein Tuch zu holen, fand sie die Stubenthüre geschlossen. Nach Eröffnung derselben sah sie auf dem Boden den Schlotzer des Kindes liegen, was ihr auffiel, daher sie sich nach dem Kinde umsah, dasselbe jedoch nicht mehr auf dem Bette in der Kammer fand. Sogleich rief sie der M. E. Klausner, welche in die Wohnung hinaufeilte und dieselbe Wahrnehmung machte. In der Zwischenzeit war Niemand in das Haus gekommen, als ein gewisser Johann Schempp, wie von mehreren Personen gesehen wurde, welchen es nicht hätte entgehen können, wenn sonst noch Jemand in das Haus gegangen wäre, da dasselbe nur einen einzigen Eingang von der Straße her hat. Dieser Johann Schempp kam zwischen 12 und 1 Uhr in die Wohnung der Kath. Grömminger, um daselbst Hemden zu holen, die er einige Tage vorher zum Waschen dahin gebracht hatte. Er traf dieselbe mit dem Knaben Leander Bochazer in der Küche, Erstere mit Brodbacken beschäftiget. Sobald Johann Schempp die Hemden erhalten hatte, entfernte er sich aus dem Hause, woselbst er nur wenige Augenblicke verweilte, obwohl ihn die Kath. Grömminger aufzuhalten suchte, letzteres offenbar um auf einen Zeugen zum Beweise dafür sich berufen zu können, daß sie die That nicht verübt habe. Es haben auch in der Schlußverhandlung zwei Zeugen angegeben, daß die Kath. Grömminger, zwischen 12¼ und 1½ Uhr, innerhalb welcher Zeit die That verübt wurde, einmal von ihrer Wohnung zum Fenster herausgesehen habe, von wo sie wahrnehmen konnte, daß die Wittwe Schmitt vor dem Hause saß und deren Tochter Karolina mit der M. E. Klausner in der Scheuer des Bücheler drosch. Wie schon erwähnt, so war zu jener Zeit bei der Kath. Grömminger nur der Knabe Leander Bochazer anwesend. Dieser hat das Zeugniß eines unverdorbenen und wahrheitsliebenden Kindes; seine geistigen Fähigkeiten sind im Verhältniß zu seinem Alter gehörig ausgebildet, sein Gedächtniß ist getreu, er faßt richtig auf und vermag seine Gedanken verständlich auszudrücken. Erst am 25. Aug. v. J. wurde dieser Knabe gerichtlich einvernommen, welcher angab, seine Pflegmutter habe das Kind der M. E. Klausner in die Kammer hineingetragen und nicht wieder aus der Kammer herausgebracht. Ebenso gab der Knabe vor mehreren Personen an. In der Schlußverhandlung machte der Knabe die Angabe, daß die Kath. Grömminger das Kind vom untern Stocke in die Wohnung gebracht, sodann das Kind in die Kammer hineingetragen und dasselbe nicht wieder aus der Kammer herausgebracht, daß auch das Kind geschrieen habe, als dieselbe mit dem Kinde in der Kammer gewesen sei. In der Schlußverhandlung zeigte noch der Knabe, wie die Grömminger das Kind getragen, indem er seine Aermchen so hinausstreckte, wie man sie beim Tragen eines Kindes zu halten pflegt.

Es hat sich durch die Angabe mehrerer Zeugen ferner ergeben, daß der Knabe bis zu seiner ersten Einvernahme vor Gericht im Hause und bei den Familienangehörigen der Kath. Grömminger sich aufgehalten habe, von diesen förmlich unter Schloß und Riegel gehalten wurde, so daß er vor seiner Einvernahme vor Gericht, wo er seine, die Kath. Grömminger gravirende Angabe erstmals machte, mit andern Personen nicht verkehren konnte. Von der Kammer, in welche der Knabe die Kath. Grömminger mit dem Kinde hat gehen, und aus welcher er dieselbe ohne Kind hat wieder kommen sehen, gelangt man auf den Abtritt des vierten Stockes. Es führt sonst kein anderer Weg an diesen Ort, als durch die Wohnstube und die Kammer der K. Grömminger, welche es hätte sehen müssen, wenn von einer anderen Person das Kind von dem Abtritte des vierten Stockes in das Faß geworfen worden wäre. Von den anwesenden Hausbewohnern, Schlosser Hennes und seinem Sohne, sowie von den Personen, welche vor dem Hause und in der Nähe desselben sich aufhielten, wurde das Herabfallen des Kindes in das Abtrittfaß oder das hiedurch entstandene Geräusch nicht gehört, es hätte dies aber auch, wie die Kath. Grömminger selbst zugab, wegen des Lärms nicht gehört werden können, welcher durch das Dreschen in der benachbarten Scheuer entstand.

Bei dem Augenschein vom 19. August v. J. fand man an der Stubenthüre der Schmitt'schen Wohnung keine Verletzungen oder Spuren angewendeter Gewalt. Auch wurden bei einer zweimaligen Nachsuchung in dem ganzen Hause, insbesondere in der Wohnung der Katharina

Grömminger und in der Umgebung des Hauses keine Schlüssel vorgefunden, mit welchen die Stubenthüre der Wittwe Schmitt geöffnet werden konnte. Allein die Katharina Grömminger selbst wurde körperlich nicht untersucht und bevor Nachsuchung vorgenommen wurde, entfernte sie sich aus ihrer Wohnung und begab sich, angeblich um ihrem Manne beim Abladen eines Wagens Hilfe zu leisten, in eine Scheuer, welche von ihrer Wohnung 120 Schritte entfernt ist. Auf dem Wege dahin konnte sie den Schlüssel in den vorbeifließenden Bach oder in die benachbarten Gärten werfen, wo er nur durch Zufall wieder aufgefunden werden kann.

Die Kath. Grömminger leugnete in der Schlußverhandlung, wie in der Voruntersuchung standhaft die ihr zur Last gelegte That und sie sagte: Als ihr Mann mit ihren Töchtern am 19. August nach 11 Uhr von Haus weg auf das Feld gegangen, sei sie mit dem Knaben Leander Bochazer allein zu Haus gewesen, und habe, nachdem sie Brod gebacken, am Fenster sitzend genäht. Sie sei nicht in den dritten Stock hinunter gegangen, ja gar nicht aus ihrer Wohnung gekommen; einen Schlüssel zur Schmitt'schen Wohnung habe sie nie gehabt. Sie habe auch nicht zum Fenster hinausgesehen, sie habe aber gehört, daß die M. E. Klausner der Karolina Schmitt gerufen habe, sie solle in die Scheuer kommen, und daß alsdann diese beiden in der Scheuer gedroschen haben. Sie gab zu, daß sie, wenn sie zum Fenster hinausgesehen, hätte wahrnehmen können, daß die Wittwe Schmitt vor dem Hause auf der Straße sich befand und die M. E. Klausner mit der Karolina Schmitt in der Scheuer drosch. Besonders auffallend war die in der Voruntersuchung von ihr beim Vorzeigen der Kindesleiche und in der Schlußverhandlung gemachte Aeußerung, daß sie das Kind nicht kenne, daß sie nicht wisse, ob das Kind der M. E. Klausner gehöre, während doch das Kind täglich vor ihren Augen herumgetragen wurde und sie dasselbe, wie die Zeugen sagten, mehr als hundertmal gesehen hatte. Gegen die Aussagen des Knaben Bochazer wußte sie nichts einzuwenden, als daß sie behauptete, daß ihm dieselbe eingelernt worden sei, was aber durch die obenerwähnte Thatsache widerlegt wurde, daß der Knabe bis zur ersten Einvernahme vor Gericht bei dem Manne und den Töchtern der Kath. Grömminger sich aufhielt und mit anderen Personen nicht verkehren konnte. Auch erklärte die Kath. Grömminger offenbar um einige der wichtigsten Zeugen zu verdächtigen und die Anschuldigung als das Ergebniß einer Verabredung darzustellen, — daß am 20. August der Polizeidiener in Gegenwart des Schlosser Hennes und des Johann Bücheler zur Karolina Schmitt sich geäußert habe, auf dem Wort, das er gesagt, solle sie stehen bleiben, sonst haue sie nicht durch, während alle diese Personen, namentlich der ganz unverdächtige Schlosser Hennes versicherten, daß eine solche Rede nicht gethan wurde und auch nicht gethan werden konnte, weil die Karolina Schmitt an jenem Tage schon in der Früh von Meßkirch sich entfernt hatte und erst Abends zurückkehrte.

Das freche Benehmen der Katharina Grömminger während der Schlußverhandlung war gleichfalls nicht geeignet, die Behauptung ihrer Unschuld zu unterstützen und zu bestätigen.

Die Verhandlung dauerte zwei Tage und nach gepflogener Verhandlung wurde an die Geschworenen die einzige Frage gestellt:

Ist die Angeklagte Katharina Grömminger geb. Hornsteiner von Meßkirch schuldig, am 19. August 1854 die eilf Monate alte Elisabetha Klausner von da, mit dem bestimmten Vorsatze sie zu tödten, und mit Vorbedacht durch das Abtrittrohr ihres Wohnhauses in das darunter befindliche mit Flüssigkeiten angefüllte Abtrittfaß geworfen und dadurch den Tod desselben bewirkt zu haben?

Nach einer Berathung von etwa zwei Stunden beantworteten die Geschworenen diese Frage mit „Ja," worauf der Schwurgerichtshof des Seekreises einstimmig das Urtheil erließ, daß die Katharina Grömminger geb. Hornsteiner von Meßkirch des Mordes der Elisabetha Klausner von da für schuldig zu erklären und deßhalb zur Todesstrafe mittelst öffentlicher Enthauptung durch das Schwerdt zu verurtheilen, auch in die Kosten des Strafprozesses zu verfällen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Angeschuldigte hat nach dem Wahrspruche der Geschworenen am 19. August 1854 die 11 Monate alte Elisabetha Klausner, ein Kind der Maria Eva Klausner von Meßkirch, welche ihre Wohnung in dem nämlichen Hause, wie die Angeschuldigte hat, in Abwesenheit der Mutter und übrigen Verwandten des Kindes aus deren Wohnung geholt, und durch das Abtrittrohr in das darunter befindliche, mit Abtrittflüssigkeiten angefüllte zwei Schuh tiefe Senkloch geworfen, und dadurch den Tod der Elisabetha Klausner bewirkt.

Sie hat mit dem bestimmten Vorsatze, die Elisabetha

Klausner zu tödten, und mit Vorbedacht die Handlung vollbracht.

Als Beweggrund zur That erscheint leidenschaftlicher Haß, welchen die Angeschuldigte schon seit längerer Zeit gegen die Maria Eva Klausner hegte, und die Absicht, Rache dafür zu nehmen, daß die Angeschuldigte und ihr Ehemann laut hofgerichtlichem Erkenntnisse vom 22. Dezember 1852 wegen Körperverletzung der M. E. Klausner eine fünfwöchentliche Kreisgefängnißstrafe erstehen mußten.

Nach §. 205 des St.G. wird derjenige, welcher die ihm zum bestimmten Vorsatze zuzurechnende Tödtung mit Vorbedacht verübt, als Mörder mit dem Tode bestraft. Diese völlig bestimmte Strafe hat nach §. 148 des St.G. der Richter unverändert anzuwenden, wenn nicht etwa im besonderen Falle gesetzlich anerkannte Gründe zur Strafmilderung oder zur Strafverwandlung vorhanden sind. Solche Gründe mangeln aber im vorliegenden Falle.

In Anwendung der angeführten Gesetze und des §. 11 des Strafgesetzes und §. 351 St.P.O. wurde daher wie geschehen erkannt. —

Die Verurtheilte, Kath. Grömminger, hat nach Eröffnung dieses Urtheils um Wiederaufnahme des Verfahrens gebeten. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde jedoch dieses Gesuch als unbegründet verworfen. Die Entscheidungsgründe, welche das Thatsächliche enthalten, lauten wie folgt:

Die Angeklagte, welche durch Urtheil des Schwurgerichtshofes des Seekreises vom 27. v. M. wegen Mordes der Elisabetha Klausner von Meßkirch zur Todesstrafe mittelst öffentlicher Enthauptung verurtheilt ist, hat um Wiederaufnahme des Verfahrens nachgesucht. Unter Hinweisung auf §. 119 Ziff. 1 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 hat die Angeklagte zur Begründung dieses Gesuches sich auf Joseph Sauter und dessen Ehefrau von Litzelbach berufen, welche bezeugen sollen, daß Karolina Schmitt am 20. August v. J. von Litzelbach, wohin sie gekommen war, um dem Fidel Auer den Tod seiner unehelichen Tochter anzuzeigen, schon wieder um 7½ Uhr etwa und zwar in der Richtung nach Meßkirch fortgegangen sei, ohne daß sie den Zweck ihres Dortseins erreicht hatte, weil sich Fidel Auer damals gar nicht mehr in Litzelbach, sondern auf der Zollbrücke, Amts Stockach befunden habe. Durch dieses Zeugniß in Verbindung mit den Aussagen anderer erst noch zu erforschender Zeugen soll die Unwahrheit der Angabe der Karolina Schmitt, welche diese der Behauptung der Angeklagten bezüglich einer angeblichen am 20. August v. J. Mittags 12 Uhr zwischen ihr und Polizeidiener Bauhart stattgehabten und auf die falsche Beschuldigung der Angeklagten abzielenden Verabredung entgegengesetzt hatte, dargethan werden, nämlich, daß sie zur angegebenen Zeit gar nicht sich in Meßkirch befunden habe, sondern erst später, etwa 4 Uhr Abends von Litzelbach zurückgekommen seie. Aus der Unwahrheit dieser Angabe soll sofort weiter ein Vermuthungsgrund für die Wahrheit der von der Angeklagten bezüglich der angeblichen zu ihrem Nachtheile zwischen Bauhart und Karolina Schmitt gepflogenen, von 3 Zeugen bestimmt in Abrede gezogenen Verabredung vorgebrachten Erzählung, und ein Zweifel in die übrigen Angaben der Karolina Schmitt, sowie der Zeugen, welche nach der Angabe der Angeklagten bei jener Verabredung zugegen gewesen sein sollen, diese Angaben der Angeklagten aber bestimmt als unwahr bezeichnet haben, nämlich des Polizeidieners Bauhart, des Schlossers Hennes und des Johann Bücheler hervorgehen.

Allein würde auch die von der Angeklagten in der angegebenen Richtung verlangte Beweiserhebung darthun, daß Karolina Schmitt am 20. August v. J. um die Mittagszeit in Meßkirch sich befunden habe, und daher die angebliche Verabredung möglich war, so wäre damit nur der von der Karolina Schmitt gegen die bezügliche Behauptung der Angeklagten angetretene Gegenbeweis beseitigt; allein keineswegs wäre damit jene Behauptung selbst bewiesen; es müßte dieselbe ungeachtet der vorhandenen Möglichkeit gegenüber der bestimmten eidlichen Aussage zweier ganz unverdächtiger Zeugen als unwahr angenommen werden. So lange aber die Angeklagte keine erheblichen Thatsachen und Beweismittel bezeichnet dafür, daß die fragliche Verabredung stattgefunden hat, bleibt auch die beschworene Aussage der dieselbe in Abrede ziehenden Zeugen unangefochten, und es liegt ein Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach §. 119 Z. 1 des angeführten Gesetzes nicht vor.

Aus diesen Gründen wurde wie geschehen erkannt.

Der weitere Verlauf dieses ebenso schwierigen als interessanten und in den Annalen der Strafjustiz gewiß noch nie vorgekommenen Falles wird seiner Zeit mitgetheilt werden.

Haager.

II.

1) Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung §. 631 c St.G.B.

2) Wiederherstellung gegen den Ablauf der Recursfrist.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde Pfarrverweser Wolf von Donaueschingen der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung mit Mißbrauch seines Amtes für schuldig erklärt und deßhalb zu einer auf der Festung zu erstehenden Gefängnißstrafe von 8 Wochen verurtheilt *).

Gründe.

Die Predigt, welche der Angeschuldigte am Pfingstsonntage v. J. in der katholischen Kirche zu Donaueschingen gehalten hat, verfolgte den Zweck, die Verordnung des Erzbischofs vom 5. Mai v. J., wodurch er sich die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens mit gänzlicher Ausschließung des Staats aneignen will, zu rechtfertigen und zu zeigen, daß in diesem Punkte die Staatsregierung im Unrechte, dagegen der Erzbischof im Rechte sei.

Diese Tendenz der Rede ergibt sich aus sämmtlichen Zeugenaussagen, in Verbindung mit den eigenen Erklärungen des Angeschuldigten.

Der Angeschuldigte hat nun im Verlaufe seiner Rede an die Zuhörer die Aufforderung ergehen lassen, in Kirchendingen der Regierung nicht zu gehorchen. Diese Aufforderung erließ er unter Hinweisung auf den dem Landesherrn geleisteten Huldigungseid, welcher den Staatsbürger nur verbinde, der Staatsregierung in weltlichen Dingen zu gehorsamen. Die Veranlassung zu dieser Aufforderung zum Ungehorsam gab offenbar die schon berührte Verordnung des Erzbischofs vom 5. Mai v. J. und die Aufforderung selbst konnte daher, was auch der Angeschuldigte nicht widersprochen hat, nur den Sinn haben, daß die Zuhörer bezüglich der Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens, welche Vermögensverwaltung er unter die Kirchendinge rechnete, nicht den Anordnungen der Staatsregierung, sondern denen des Erzbischofs Folge leisten sollen, — daß dieselben in dieser Beziehung den Verfügungen und Anordnungen der Staatsregierung nicht gehorchen sollen. Nun steht aber der Staatsregierung, beziehungsweise den von ihr hiezu berufenen Organen, nach den bestehenden Gesetzen und Einrichtungen, die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens zu, der Kirchenbehörde aber gebührt nur ein durch die Verordnung vom 3. März 1853 geregeltes Mitwirkungs- und Mitaufsichtsrecht bei Verwaltung und Verwendung jenes Vermögens, und dadurch, daß der Angeschuldigte seine Zuhörerschaft, worunter ohne Zweifel Mitglieder dreier Stiftungsvorstände und Schuldner dieser Stiftungen gegenwärtig waren, zum Ungehorsam gegen die die Verwaltung des Kirchenvermögens betreffenden Anordnungen und Verfügungen der Staatsregierung in öffentlicher Rede aufforderte, hat er sich gegen das St.G.B. §. 631 c verfehlt.

Daß er diese Aufforderung im gedachten Sinne erlassen, ergibt sich aus den Eingaben mehrerer Zeugen, gegen deren Glaubwürdigkeit kein Zweifel obwaltet.

Daß das Vergehen in einem zum öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude verübt wurde und daß der Angeschuldigte dazu sein Kirchenamt mißbraucht hat, diese Umstände bilden Straferhöhungsgründe. —

Gegen dieses Urtheil, welches dem Pfarrverweser Wolf am 26. Juli v. J. eröffnet wurde, hatte derselbe erst am 14. Februar d. J. beim großh. Oberhofgericht eine Eingabe eingereicht, worin er um Wiederherstellung gegen den Ablauf der Rekursfrist und um Aufschub mit dem Urtheilsvollzug bat, diese Bitte auf die Behauptung stützend, daß ihm bei Eröffnung des hofgerichtlichen Urtheils die Rekursbelehrung nicht ertheilt und die Acteneinsicht zum Zwecke der Rekursausführung verweigert worden seie.

Von großh. Oberhofgericht erging aber am 1. März d. J. folgendes

Erkenntniß.

In Erwägung, daß Pfarrverweser Wolf bei Verkündung des gegen ihn erlassenen hofgerichtlichen Strafurtheils vom 15. Juli v. J. eine Belehrung über die Recursfristen erhalten hat, wie das mit der Unterschrift: „Jos. Wolf Pfver." — versehene Protokoll des großh. Bezirks-Amts Donaueschingen vom 26. Juli v. J. nachweist und der erhobene amtliche Bericht vom 17. v. M. bestätigt; —

*) Da dieser Fall vielfach in öffentlichen Blättern besprochen wurde, so dürfte es von einigem Interesse sein, den actenmäßigen Sachverhalt, welcher hier mitgetheilt wird, kennen zu lernen. D. R.

In Erwägung, daß nach diesem Berichte dem Pfarrverweser Wolf die Einsicht der Untersuchungsakten nicht verweigert wurde, daß er vielmehr nach den auf Dienstpflicht abgelegten Zeugnissen des Amtsregistrators und Sportelertrahenten im Monat August v. J. eines Nachmittags in Gemeinschaft mit Anwalt Fackler auf der Amtskanzlei während wenigstens einer Stunde von den Akten Einsicht genommen hat; —

In Erwägung, daß hiernach für Pfarrverweser Wolf kein Hinderniß obwaltete, innerhalb der Recursfrist den sogleich bei der Urtheilsverkündung angezeigten Recurs zum Rechte auszuführen, diese Recursfrist aber unbenützt verstreichen ließ, da der Recurs bis jetzt, also nach mehr als 6 Monaten, noch nicht ausgeführt ist; —

In Erwägung, daß zu Folge des — nach §. 110 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 für Recurse gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse maasgebenden — Gesetzes vom 3. August 1837 (Reg.-Bl. No. 25) — §. 12 eine Verlängerung der Frist zur Ausführung des Recurses und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei versäumten Fristen nur aus erheblichen und hinreichend bescheinigten Gründen stattfindet; —

In Erwägung, daß die als Hinderungsgrund zu Ausführung des Recurses in der Eingabe des Pfarrverwesers Wolf erwähnte Unterstellung, die gegen ihn geführte Untersuchung werde wieder niedergeschlagen, eben so wenig als die Thatsache, daß von großh. Justiz-Ministerium ein Aufschub des Strafvollzugs angeordnet wurde, als genügender Wiederherstellungsgrund angesehen werden kann; —

wird die Bitte des Pfarrverwesers Wolf um Wiederherstellung gegen den Ablauf der Recursfrist und Aufschub mit dem Urtheilsvollzug, unter Verfällung des Beschwerdeführers in die deßfallsigen Kosten, als unbegründet verworfen.

Haager.

III.

Wann ist der Versuch der Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar?

Auf Vorlage der Untersuchung gegen Christian Wolber von Schiltach, wegen Anstiftung zur Abtreibung der Leibesfrucht hat das mittelrheinische Hofgericht unterm 10. Februar l. J. erkannt:

In Betracht, daß wenn man auch den in Frage stehenden Vorfall so als erwiesen annehmen könnte, wie ihn die Wittwe Wolber in ihrer ersten, später zurückgenommenen Aussage erzählt hat, darin eine vom Gesetze mit Strafe bedrohte Handlung des Angeschuldigten nicht gefunden werden könnte;

In Erwägung, daß nemlich hiernach der Angeschuldigte die Wittwe Wolber zur Abtreibung ihrer Leibesfrucht hätte verleiten wollen, diese aber jenem Ansinnen keine Folge geleistet hat;

In Betracht, daß das Gesetz die Anstiftung zu einem Verbrechen in der Regel nur dann für strafbar erklärt, wenn der Anstifter nach dem Ausdrucke von §. 119 St.-G.B. „die Ursache des Verbrechens geworden ist," also nur dann, wenn in Folge der Anstiftung eine strafbare That (sei es ein vollendetes oder versuchtes Vergehen, oder eine gemäß St.G.B. §. 108 strafbare Vorbereitungshandlung) verübt worden ist; *)

In Erwägung, daß diese Regel zufolge §. 122 St.G.B. nur dann eine Ausnahme erleidet, wenn ein Auftrag ertheilt, oder eine Belohnung gegeben oder zugesagt worden ist;

In Betracht, daß nach dem erwähnten Sachverhalt kein Fall einer strafbaren Anstiftung vorliegt. —

Aus diesen Gründen und in Anwendung von §. 35 Abs. 1 Einf.Ges. wurde ausgesprochen, daß, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht sei, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden, und der Angeschuldigte von den Untersuchungskosten freizusprechen sei.

Dr. Puchelt.

IV.

Curiosum.

In einer neulich bei dem großh. Bezirksamte S. eingelaufenen Diebstahlsanzeige hieß es am Schlusse wörtlich:

> — — „und liefre ihn — den Inculpaten — sammt den entwendeten Hemden nebst seinem Laufpaß von großh. Herrn Amtmann R., mit welchem er umhergezogen, großh. Bezirks-Amte gehorsamst ein.

*) Vergl. Note I. und IX. von Mittermaier zu Feuerbach §. 46.
D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 17. Mannheim, 21. April 1855.

I.

1) Nur wenn das Unterpfand in öffentlicher Zwangsversteigerung und nach dem für solche vorgeschriebenen Verfahren erworben worden ist, hat die auf Anweisung der zuständigen Behörde geschehene Zahlung des Steigerungspreises die Befreiung des erworbenen Gutes von den Pfandlasten zur Folge; bei dem Ankaufe einer Liegenschaft aus freier Hand ist dieses nicht der Fall, *) und hier hat die Zahlung des Kaufpreises an den erst berechtigten Pfandgläubiger nur die Folge, daß der Käufer kraft Gesetzes in die Rechte des von ihm befriedigten Pfandgläubigers eintritt.

2) Jeder Pfandgläubiger ohne Unterschied seines Ranges und ohne Rücksicht auf die Aussicht, daß er ganz oder theilweise befriedigt werde, kann verlangen, daß das Unterpfand öffentlich versteigert werde.

So wurde vom Hofgericht des Seekreises in Sachen Rothschild gegen Buri entschieden.

Gründe.

Auf der Liegenschaft, welche der Beklagte am 9. Januar 1853 durch Privatkaufvertrag von Nikolaus Zahn eigenthümlich erworben hat, haftet ein richterliches, durch Eintrag vom 18. Februar 1852 gewahrtes Pfandrecht des Klägers für eine Forderung, welche urspruglich 200 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 20. Februar 1851 betrug, nunmehr aber durch eine von dem Kläger zugestandene Zahlung zum Theile getilgt ist.

Der Kläger hat wegen des Restes seiner Forderung die Pfandklage gegen den Beklagten als nunmehrigen Inhaber des Unterpfands erhoben, und gestützt auf L. R.S. 2166 ff. verlangt, daß derselbe entweder die eingeklagte Forderung an ihn bezahle, oder aber das Unterpfand ohne Vorbehalt abtrete.

Von Seite des Beklagten wurde eine gänzliche Erlöschung des kläger'schen Pfandrechtes durch einen der in den L.R.S. 2180 und 2198 angeführten Erlöschungsgründe nicht behauptet, insbesondere hat er nicht behauptet daß er das in den L.R.S. 2181 ff. vorgeschriebene Verfahren, um sein Eigenthum von Pfandrechten frei zu machen, eingehalten habe; vielmehr ist nur eingewendet worden,

a) daß auf der fraglichen Liegenschaft außer dem Pfandrechte des Klägers noch weitere und zwar ältere Pfandlasten hafteten, daß der Beklagte von dem Pfandgerichte angewiesen worden sei, den bedungenen Kaufschilling an einen der dem Kläger vorgehenden Pfandgläubiger zu bezahlen, und daß dieses geschehen sei.

Diese Einwendung ist jedoch unbegründet, denn nur, wenn das Unterpfand in öffentlicher Zwangsversteigerung und nach dem für solche vorgeschriebenen Verfahren erworben worden ist, hat die auf Anweisung der zuständigen Behörde erfolgte Zahlung des Steigerungspreises die Befreiung des erworbenen Gutes von den Pfandlasten zur Folge; bei dem Ankaufe einer Liegenschaft aus freier Hand ist dieses nicht der Fall, und hier hat die Zahlung des Kaufpreises an den erstberechtigten Pfandgläubiger nur die Folge, daß der Käufer kraft Gesetzes in die Rechte des von ihm befriedigten Pfandgläubigers eintritt (L.R.S. 1251 Z. 2) und demzufolge dann, wenn in

*) Das großh. Oberhofgericht hat in einem in den Annalen XVIII. S. 60 ff. mitgetheilten Falle anders entschieden. D. E.

Folge der Abtretung des Unterpfands behufs der öffentlichen Versteigerung desselben eine solche eintritt, bei der Vertheilung des Erlöses das Pfandrecht, in welches er eingetreten ist, nach dessen Rang geltend machen und hier dem Gläubiger, der nur ein späteres Pfandrecht hat, entgegen treten, beziehungsweise ihn von der Befriedigung aus dem Erlöse ausschließen kann.

Ebenso unerheblich ist die weitere Einwendung

b) daß das Unterpfand um den laufenden Preis der Güter angekauft worden sei, und daß der Kläger nach dem Range seines Pfandrechtes und nach dem Betrage der ihm vorgehenden Unterpfandsforderungen in keinem Falle zur Befriedigung gelangen könne; denn jeder Pfandgläubiger ohne Unterschied seines Ranges und ohne Rücksicht auf die Aussicht, daß er ganz oder theilweise befriedigt werde, ist zur Pfandklage berechtigt und kann verlangen, daß das Unterpfand öffentlich versteigert und daß ihm dadurch Gelegenheit gegeben werde, auf die Erzielung eines Preises hinzuwirken, welcher hinreicht, um auch seine Forderung zur Befriedigung gelangen zu lassen, sofern nicht der Besitzer des Unterpfands es vorzieht, die Versteigerung desselben dadurch abzuwenden, daß er die Unterpfandsschulden bezahlt, in welchem Falle er aber nach ausdrücklicher Vorschrift des L.R.S. 2168 alle auf dem Unterpfande haftenden Pfandschulden, wie hoch sie sich auch belaufen mögen, zu bezahlen hat.

Ein Schutz gegen vexatorische Erhebung der Pfandklage von Seite eines Gläubigers, welcher wirklich keine Aussicht auf Befriedigung aus dem Erlöse des Unterpfands hat, selbst wenn dasselbe öffentlich versteigert wird, ist dem Besitzer desselben dadurch gegeben, daß er noch nach Erhebung der Pfandklage und innerhalb der Monatsfrist den Pfandgläubigern die im L.R.S. 2183 bezeichneten Stücke behändigen lassen kann, indem alsdann derjenige, welcher eine öffentliche Steigerung begehrt, sich nach L.R.S. 2185 zu benehmen, insbesondere ein bestimmtes Mehrgebot zu machen oder dafür einen Steigerer zu stellen und für den Betrag des Preises und der von dem Käufer übernommenen Lasten Sicherheit anzubieten hat, widrigenfalls der Besitzer durch Zahlung des im Privatankaufe bedungenen Kaufpreises an den erstberechtigten Pfandgläubiger von allen weiteren Pfandlasten frei wird; dieses Verfahren hat aber der Beklagte, wie schon oben erwähnt, nicht eingehalten, und deßhalb ist der angestellten Klage, selbst wenn der Kläger dereinst aus dem Erlöse der zum Zwecke der Versteigerung abzutretenden Liegenschaft keine Befriedigung erlangen kann, stattzugeben; jedoch kann der Beklagte nicht, wie der Kläger es begehrt, angehalten werden, das Unterpfand an den letzteren abzutreten, sondern es kann nach L.R.S. 2174 nur darauf erkannt werden, daß er das Unterpfandsgut zum Zwecke einer nach den Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens vorzunehmenden Versteigerung abzutreten habe.

Haager.

II.

1) Ueber die Natur und das gegenseitige Verhältniß von Schuldüberweisung, Anweisung an Zahlungsstatt und Klagrecht aus L.R.S. 1166.
2) Der Auftrag an den Schuldner, einem Dritten zu zahlen, ist, sofern nicht auch dem Dritten der Auftrag zum Einzug ertheilt wurde, den gewöhnlichen Erlöschungsarten der Aufträge, z. B. durch Vermögenszerfall des Mandanten oder Mandatars unterworfen.
3) Auslegung einer Vermögensübergabe.

Schmid gegen Harter.

Laut Urkunde vom 28. Februar 1833 übergab Franz Hauer sein Vermögen an den späteren Gantmann Andreas Harter und dessen Frau. Darin ist ein Kaufpreis festgesetzt und bedungen, daß die Uebernehmer alle Lasten und Beschwerden des mitübergebenen Hofguts zu tragen haben. Die Schulden des übergebenen Vermögens, worunter eine solche an Schiffer Eyth für erhaltene Vorschüsse mit 5266 fl., sind einzeln aufgeführt, und ist gesagt, daß nach einer noch zu fertigenden Amtsrevisoratsverweisung gezahlt werden solle. Diese Forderung des Schiffers Eyth wurde nun im Jahr 1851 in der Gant des Andreas Harter angemeldet, jedoch in allen drei Instanzen abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe zu dem hofgerichtlichen Urtheile vom 5. Mai v. J. stimmen mit der Auffassung des Unterrichters überein, und bleiben deßhalb hier weg.

Amtliche Entscheidungsgründe
zu dem Urtheile vom 30. Januar 1854.

Liquidanten fordern an die Ganntmasse 5266 fl. nebst

rückständigen Zinsen, welche Summe ihr Rechtsvorfahrer Schiffer Eyth von Alpirsbach, an den früheren Eigenthümer des in der Gantmasse befindlichen Hofgutes Franz Hauer von Kaltbrunn zu fordern hatte.

Sie behaupten nämlich, daß Hauer unterm 25. Februar 1833 dem Gantmann und seiner Ehefrau sein sämmtliches Vermögen übergeben, und daß der Gantmann die Schuld bei Eyth zu zahlen übernommen habe. Für die Forderung nebst zweijährigen und den laufenden Zinsen sprechen Liquidanten, da dieselbe einen Theil des Kaufschillings, um welchen Gantmann das Hofgut übernahm, bilde, vorzügliche Befriedigung aus dem Erlöse des übergebenen Hofgutes im Rang vom 28. Februar 1833 an.

Zum Beweise, daß ihr Rechtsvorfahrer die Forderung an Hauer wirklich gehabt, und zur Zahlung an den jetzigen Gantmann verwiesen worden sei, haben sich Liquidanten lediglich auf die Vermögensübergabe vom 28. Februar 1833 berufen.

In dieser Uebergabe wird nun zwar Schiffer Eyth bei Berechnung des Vermögens des Hauer unter dessen Gläubiger mit der Summe von 5266 fl. genannt, allein eine Anweisung, daß die Zahlung durch den Gantmann geschehen solle, ist darin nicht enthalten, indem vielmehr ausdrücklich darin bemerkt ist, daß nach Amtsrevisoratsverweisung, welche noch gefertigt werden müsse, bezahlt werden solle.

Eine solche Verweisung befindet sich nicht bei den Akten, und ist nicht behauptet, daß eine solche erfolgt sei.

Ehe dieselbe aber gefertigt, und so der Uebergabsvertrag vollendet, ist der Gantmann zur Zahlung nicht verpflichtet, denn es ist eben so leicht möglich, daß Hauer selbst die Schuld bei Eyth zu decken übernommen hat; es hat derselbe nämlich nach dem Uebergabsvertrage außer einem starken Leibgedinge ein Capital von 5000 fl. und Fahrnisse im Werth von 2016 fl. 15 kr. als Eigenthum zurückbehalten.

Von Uebernahme der Schuld an Eyth ist im Vertrage nicht die Rede, und kann dies namentlich nicht im §. 2 der Uebergabsbedingungen erblickt werden, denn unter den hier übernommenen Lasten und Beschwerden des Gutes sind offenbar nur dingliche Lasten zu verstehen.

Wenn aber auch der Gantmann die Schuld an Eyth übernommen hätte, und wenn sich der Rechtsvorfahrer der Liquidanten das Bedungene zu eigen gemacht hätte, was zur Einklagung nach den L.R.S. 1119. 1121 und 1165 erforderlich ist, so würde die Gantmasse jedenfalls nur zur Zahlung der Hälfte desselben verpflichtet sein, da nur die Hälfte des Hofguts in die Masse fällt. Denn der Käufer, welcher in einem Vertrage sich anheischig macht, einen Theil des Kaufschillings an einen Dritten zu zahlen, welcher die Ueberweisung annimmt, geht dem Dritten gegenüber keine persönliche Verbindlichkeit ein, sondern ist demselben nur in seiner Eigenschaft als Käufer haftbar, er hat mithin, wenn ihm ein Theil des Kaufobjektes entzogen wird, dem Dritten gegenüber dieselben Rechte, welche ihm dem Verkäufer gegenüber zustehen.

Liquidanten müßten demnach jedenfalls mit der Hälfte ihrer Forderung abgewiesen werden, und konnten sie auch für diese kein Vorzugsrecht ansprechen.

Dieses Begehren suchen Liquidanten dadurch zu begründen, daß sie behaupten, die Vermögensübergabe sei als Kauf zu betrachten, Harter habe die Schuld an Eyth als Theil des Kaufschillings übernommen und stehe demselben mithin das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103[1] aus dem Erlöse des verkauften Hofgutes zu.

Abgesehen davon, ob wirklich ein Kauf vorliegt, so ist jedenfalls der Anspruch auf vorzügliche Befriedigung unbegründet. Nach der Klagbehauptung ist nämlich die Forderung des Eyth durch Vorschüsse auf zu lieferndes Holz, welches später nicht geliefert wurde, entstanden, und bleibt der Forderung der Rechtstitel, welcher ihr ursprünglich zugestanden.

Es ist nämlich nicht behauptet, daß zwischen dem Rechtsvorfahrer der Liquidanten und dem Gantmann ein Vertrag zu Stande gekommen sei, wodurch jene ursprüngliche Forderung in eine Kaufschillingsforderung umgewandelt und dadurch Vorzugsrecht auf die übergebenen Liegenschaften eingeräumt worden sei.

Ebensowenig kann behauptet werden, daß Hauer mit Eyth oder mit dem Gantmann nach L.R.S. 1121 zur Sicherheit Eyths einen solchen Vertrag abgeschlossen habe, und kann dies durch Schlußfolgerung, da Hauer für den Kaufschilling überhaupt sich das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103[1] vorbehalten habe, nicht abgeleitet werden; denn abgesehen davon, daß weder eine Rechtswandlung (L.R.S. 1273) noch Vorzugsrechte als Ausnahme von der Regel vermuthet werden, so läßt sich die behauptete Absicht, ein Vorzugsrecht für Eyth zu bedingen, aus der Vermögensübergabe nicht folgern.

Mag man in der Vermögensübergabe einen Kauf oder eine Schenkung erblicken, so bleibt die liquidirte Forderung jedenfalls eine vorzugslose, und als solche konnte

sie nur geltend gemacht werden, wenn überhaupt von einer Zahlungsanweisung die Rede wäre.

Eine solche ist im Uebergabsvertrage nicht zu erblicken.

Nach Obigem kommt es auf die Fragen, ob die jetzigen Liquidanten Rechtsnachfolger des Eyth sind, ob Zinsen gefordert werden können, und ob die Gantmasse eine Gegenforderung machen kann, nicht mehr an.

Der Kostenpunkt beruht auf §. 165 der Pr.Ord.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe zu dem Urtheile vom 3. April l. J.

Der zwischen Franz Hauer und dem Gantmann Harter am 28. Februar 1833 abgeschlossene Guts-Uebergabsvertrag kann, soweit darin von der Forderung Eyth's an Hauer die Rede ist, nur entweder als eine Schuld-Ueberweisung (L.R.S. 1275) oder als eine Anweisung an Zahlungsstatt (L.R.S. 2010a) von den Liquidanten geltend gemacht werden. Im ersteren Falle war die aus dem Obligationsverhältniß zwischen Eyth und Hauer entspringende Klage gegen Harter als neuen Schuldner desselben anzustellen. Im zweiten Falle mußte die an Zahlungsstatt angewiesene Forderung Hauers an Harter Gegenstand der Klage sein. Die Liquidanten haben nun nach dem Inhalte ihrer Klage eine Kaufschillingsforderung nebst Vorzugsrecht liquidirt, und ihre Berechtigung hierzu daraus abgeleitet, daß Hauer den Gantmann Harter in dem erwähnten Vertrage angewiesen habe, als Theil des Kaufschillings die Forderung des Eyth zu bezahlen. Es ist hiernach nicht zweifelhaft, daß die erhobene Klage sich auf eine Anweisung an Zahlungsstatt gründet und eine angewiesene Kaufschillingsforderung den Streitgegenstand bildet, daß somit von einem Eintritte Harters als neuer Schuldner in das Schuldenverhältniß zwischen Eyth und Hauer — sei es kraft Gesetzes oder Vertrags — hier nicht weiter die Rede sein kann, weil die eine Art der Klagbegründung die andere ausschließt, und die Gantmasse nicht zur Rückzahlung eines Vorschusses verurtheilt werden kann, wenn die Bezahlung eines Kaufpreises aus einem ganz andern Rechtsgeschäfte von ihr begehrt ist.

Die erhobene Klage ist jedoch durch die Berufung auf den Vertrag vom 28. Februar 1833 nicht gerechtfertigt. Wenn man auch als Absicht des Vertrages ansehen will, daß Gantmann Harter angewiesen werden sollte, eine gewisse Summe an Eyth zu bezahlen, so läßt sich doch nicht behaupten, daß diese Zusage als ein Theil des Kaufpreises zu betrachten sei, und noch weniger liegt eine vollkommene Anweisung an Zahlungsstatt vor. Eyth hat nämlich bei jenem Vertrage nicht mitgewirkt und es sind auch keine Thatsachen angeführt, aus welchen folgt, daß seither und bis zur Erhebung der Klage, gegenüber von Eyth, ein Anbieten und eine Annahme stattgefunden hat. Es ist insbesondere die im Vertrage vorbehaltene Verweisung unterblieben.

Sowie aber zur Schuldüberweisung die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist, wenn sie perfect werden soll, so gehört es nach L.R.S. 2010a zum Wesen einer Anweisung an Zahlungsstatt, daß demjenigen, an den etwas gezahlt werden soll, der Auftrag gegeben wird, bei einem Dritten die Bezahlung seines Guthabens zu erheben.

Beim Mangel eines solchen an einen Anweisungsempfänger gerichteten Auftrages besteht nur ein Auftrag zwischen dem Anweiser und seinem Schuldner, dasjenige was der Erstere sich selbst bedungen hat, an eine andere Person zu leisten. Ein derartiger Auftrag ist — so lange nicht das Gegentheil aus dem Uebereinkommen erhellt — den nämlichen Erlöschungsarten unterworfen, wie jeder andere Auftrag (L.R.S. 2010a u. 2003) mithin gilt der Vermögenszerfall als Widerruf und der als Anweisungsempfänger sich darstellende Gläubiger kann sofort durch Klagerhebung kein Klagrecht erwerben, was er vorher nicht gehabt hat.

Die auf Anweisung gestützte liquidantische Klagbegründung ist daher verwerflich.

Wenn die Liquidanten in zweiter Instanz ihr Klagrecht auf den L.R.S. 1166 gründen und behaupten wollen, daß sie hiernach befugt seien, die Rechte ihres Schuldners auf den Kaufschilling auch ohne Anweisung auszuüben, so liegt — abgesehen von der Voraussetzung, ob eine Kaufschillingsforderung des Hauer an Harter im Betrage der Eyth'schen Forderung existirt, in diesem Vorbringen eine Klagänderung, da dieser Klagbegründung gegenüber die Lage des Beklagten bezüglich seiner Vernehmlassung sowohl auf die Legitimation zur Sache, als auf die Forderung selbst eine ganz andere ist, als bei einer Anweisung an Zahlungsstatt.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. wegen der Kosten — wurde wie geschehen — erkannt.

P.

III.

Das Pfand- oder Vorzugsrecht, welches nur auf dem ideellen Antheil einer Liegenschaft haftet, erstreckt sich nicht auf die übrigen nicht verpfändeten Antheile der Liegenschaft.

L.R.S. 2103. 2114.

Samuel Erlanger hatte im Jahre 1844 den ihm gehörenden dritten Theil der s. g. Hubmühle und der dazu gehörigen Liegenschaften an Mathias Müller verkauft, der Kaufvertrag wurde sofort in dem Grundbuche eingetragen. Im Jahre 1852 wurde die Hubmühle nebst Zugehörden im Vollstreckungsverfahren versteigert, und nun verlangten die Erben des Samuel Erlanger, daß ihnen für den noch rückständigen Kaufschilling nebst Zinsen wegen des ihnen zustehenden Vorzugsrechtes vorzügliche Befriedigung aus dem Gesammterlöse der ganzen Hubmühle und ihrer Zugehörden im Range vom Tage des Grundbuchseintrages an zuerkannt werde.

Das Amt entsprach diesem Begehren.

Von dem Hofgerichte des Seekreises wurden aber die Erben des Samuel Erlanger mit dieser Bitte abgewiesen. In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Die Ansicht, daß der kläger'sche Anspruch durch die Bestimmung des L.R.S. 2114 rechtlich begründet sei, weil hiernach das Unterpfandsrecht untheilbar ist und auf allen eingesetzten Liegenschaften zusammen, sowie auf jeder einzelnen und auf jedem Theile derselben haftet, ist eine unrichtige, denn die angerufene Bestimmung des Landrechtes besagt nur, daß von den verpfändeten Liegenschaften jede einzelne und jeder einzelne Theil derselben für die unterpfändlich gesicherte Forderung hafte, und zwar wiederum nicht nur für die ganze Forderung, sondern auch für jeden einzelnen Theil derselben; allein das ist nicht gesagt, daß da wo zu Gunsten einer Forderung nur ein Theil einer Liegenschaft, sei es nun ein physisch abgegrenzter, oder ein ideeller Antheil mit einem Pfand- oder Vorzugsrechte behaftet ist, dasselbe auch auf die übrigen nicht verpfändeten Antheile sich erstrecke, und daß folgeweise derjenige Gläubiger, welcher auf einem ideellen Antheil einer Liegenschaft Pfand- oder Vorzugsrecht hat, vermöge desselben berechtigt sei, es auf alle weiteren ideellen Theile auszudehnen und demzufolge aus dem Gesammterlöse der ganzen Liegenschaft vorzügliche Befriedigung zu begehren.

Eine derartige Folgerung kann aus der Bestimmung des L.R.S. 2114 in keiner Weise abgeleitet werden, es fehlt hiefür an jedem Anhaltspunkte, und sie würde auch mit den allgemeinen Grundsätzen und gesetzlichen Bestimmungen über das Miteigenthum und über die gegenseitigen Rechte der Miteigenthümer durchaus unvereinbarlich sein, indem hiernach durch eine einseitige Handlung eines Miteigenthümers auch die ideellen Antheile der übrigen Miteigenthümer mit Pfand- und Vorzugsrechten belastet würden.

Es kann vielmehr dem Pfand- und Vorzugsrechte, welches auf dem ideellen Theile einer Liegenschaft haftet, nur die Folge gegeben werden, daß es allerdings auf jedem einzelnen physischen Theile, aber jeweils nur zu dem bestimmten ideellen Antheile haftet, also hatte in dem vorliegenden Falle Samuel Erlanger auf die Hubmühle und alle dazu gehörigen Liegenschaften, auf jede einzelne dieser Liegenschaften, und auf jeden einzelnen Theil derselben ein Vorzugsrecht, allein immer nur zu einem Drittheile, wie er auch früher vor dem Verkauf seines Antheils an Mathias Müller nur in eben diesem Verhältnisse Eigenthumsrechte auf die verkauften Liegenschaften hatte; ebendeßhalb kann er aber auch bei der Vertheilung des Gesammterlöses der Hubmühle und ihrer Zugehörden nur aus dem Drittheile desselben vorzügliche Befriedigung verlangen, weil er nur auf diesen ideellen Theil der versteigerten Liegenschaften ein Vorzugsrecht hatte. *)

Das großh. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Die Beschwerde der Kläger gegen das hofgerichtliche Urtheil wird darein gesetzt, daß dasselbe ihnen das Vorzugsrecht des Kaufschillings nicht auf die ganze Hubmühle, sondern nur auf ein ideelles Drittheil derselben zu erkenne.

---

*) Die Sache scheint sehr einfach. Fürs erste handelt es sich hier nicht um ein Unterpfandsrecht, sondern um ein Vorzugsrecht des Kaufschillings, welcher die Stelle der verkauften Liegenschaft vertritt. Wenn aber der Kaufschilling nur 1/3 der Liegenschaft repräsentirt, so kann auch das Vorzugsrecht, als bloses accessorium, sich nicht weiter erstrecken, als das principale selbst. Zum andern existirt hinsichtlich der übrigen nicht mit verkauften 2/3 der Hubmühle und Zugehörde den Erlanger'schen Erben gegenüber gar kein Kaufschilling und folglich auch kein Vorzugsrecht, welches dafür in Anspruch genommen werden könnte.

D. R.

Diese Beschwerde ist aber durchaus unbegründet. Die Kläger haben nemlich überall nur behauptet, ein Drittheil jener Mühle verkauft zu haben, und es wurde nirgends auch nur angedeutet, daß diese Bezeichnung eine uneigentliche sei, welche etwas Anderes und Mehreres in sich begreife, als was ihr Wortlaut ausdrückt. Nur auf dieses Drittheil, als den verkauften Gegenstand können sie daher das Vorrecht des L.R.S. 2103 in Anspruch nehmen, nicht aber auf die ganze Hubmühle. Daß aber die Berufung auf L.R.S. 2114 und die hierin ausgesprochene Untheilbarkeit eines Unterpfands- oder Vorzugsrechts hieran nichts zu ändern vermag, dieselbe vielmehr ganz unzulässig erscheint, ist für sich selbst klar, ohne daß es dafür erst noch eines besonderen Nachweises aus den allgemeinen Grundsätzen und gesetzlichen Bestimmungen über das Miteigenthum bedürfte, indem es in Bezug auf die nicht von den Klägern verkauften zwei Drittheile der Hubmühle an der ersten Voraussetzung einer Anwendbarkeit jener Gesetzesstelle, nemlich an der Existenz eines Vorzugsrechtes überhaupt fehlt. Haager.

IV.

1) Was gehört zur Begründung und zum Beweise einer Vaterschaftsverläugnungsklage wegen Ehebruchs der Frau? L.R.S. 313.
2) Bezüglich der Einhaltung der für diese Klage in L.R.S. 316 vorgeschriebenen Fristen entscheidet der Tag der Einreichung, nicht jener der Ladungszustellung.
3) Unter welchen Voraussetzungen ist anzunehmen, daß der Mann sich in der Gegend des Orts befand, wo das Kind geboren ward? L.R.S. 316.

Schon der Seltenheit wegen verdient nachstehender Fall einer Vaterschaftsverläugnung, In Sachen Held gegen Herrel, mitgetheilt zu werden, wobei wir nur bemerken, daß das Amt dem Klagbegehren unter der Bedingung eines vom Kläger zu leistenden (und später auch wirklich geschworenen) Nothreids entsprach, und daß gegen das bestätigende Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts die Oberberufung nicht ausgeführt wurde.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der jetzige Kläger hatte im Februar 1851 gegen Barbara Herrel, seine damalige Ehefrau, eine Ehescheidungsklage erhoben, und erwirkte unterm 27. Dezember 1851 ein nachmals am 21. April 1852 oberhofgerichtlich bestätigtes, hofgerichtliches Urtheil, wodurch er wegen erlittener grober Verunglimpfungen und wegen des von Barbara Herrel begangenen Ehebruchs des Ehebandes für entbunden erklärt worden ist. Während des Scheidungsverfahrens hielt sich die Herrel bei ihrer Mutter in Legelshurst auf, wurde nun aber in der Zeit vom 26. Juli bis 23. November 1851 schwanger, denn sie ist am 21. Mai 1852 mit einem Mädchen, Luise Emma getauft, niedergekommen, was den geschiedenen Ehemann bewog, unterm 21. Juni 1852 die vorliegende Vaterschaftsverläugnungsklage einzureichen.

Diese Klage, gestützt auf die Behauptung, daß die B. Herrel auch während des Scheidungsverfahrens ihren ausschweifenden Lebenswandel fortgesetzt habe und schwanger geworden sei, in Straßburg am obgedachten Tage geboren, dem Kläger aber sowohl ihre Schwangerschaft, als auch ihre Niederkunft verheimlicht habe, ist nach L.R.S. 313 in Rechten vollkommen begründet, indem das Gesetz bei begangenem Ehebruche die Verläugnungsklage dann zuläßt, und dem Ehemanne den Beweis der Thatsachen, woraus folgt, daß er der Vater nicht sei, dann gestattet, wenn ihm die Geburt des Kindes verheimlicht worden ist.

Der gegen die Klage erhobene Einwand, daß sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist erhoben worden sei, ist unbegründet.

Wollte man selbst annehmen, der Kläger habe sich in der Gegend des Orts der Geburt des Kindes befunden (L.R.S. 316), so wäre die Klage doch innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Monat angestellt, da nur die Zeit der Einreichung beim Richter, nicht aber der Tag der Ladungszustellung, entscheidend ist; übrigens war Kläger hier schon deßhalb nicht an die kurze, einmonatliche Frist gebunden, weil, wenn die B. Herrel in Straßburg niederkam, nach dem Geiste des Gesetzes und dessen Unterstellung, daß einem Ehemanne, welcher an dem Orte oder in der Nähe des Orts sich befindet, wo seine Frau niederkommt, diese Thatsache nicht leicht verborgen bleiben kann, der Fall wegen der Lage von Straßburg im Ausland und wegen der Größe dieser Stadt sich geradezu so gestaltet, daß man den Kläger ungeachtet der Nähe seines

Wohnorts Kehl bei Straßburg nicht zumuthen kann, innerhalb Monatsfrist von der Niederkunft seiner damaligen Frau Kenntniß zu erhalten und Klage zu erheben. *)

In der mündlichen Schlußverhandlung hat zwar der appellantische Anwalt die Klage deßhalb angefochten, weil darin wohl frühere Thatsachen bezüglich der Verletzung der ehelichen Treue, welche sich die B. Herrel zu Schulden kommen ließ, angeführt seien, keineswegs aber neuere, in die gesetzlich unterstellbare Zeit der Empfängniß fallende derartige Thatsachen, auf welche allein es doch ankommen könne. Abgesehen aber davon, ob, wenn die Verheimlichung der Niederkunft erwiesen wird, der Richter nicht nach dem Geiste des Gesetzes und im Hinblick auf L.R. S. 1353 berechtigt ist, aus jenen früheren Thatsachen in Verbindung mit der Persönlichkeit der Ehefrau und ihrer faktischen Trennung vom klagenden Ehemanne Schlüsse zu ziehen (Zachariä, fr. Civ.-R. Bd. III. §. 546 vor und in Note 29), wenigstens in soweit Schlüsse zu ziehen, daß er, wie es hier der Unterrichter gethan hat, den Ehemann zum Eide darüber zuläßt, daß er seiner Ehefrau in der gesetzlich unterstellbaren Zeit der Empfängniß nicht ehelich beigewohnt habe, — ist diese Bemängelung der Klage unerheblich, denn in derselben wurde behauptet, daß die B. Herrel, mit welcher der Kläger nicht zusammen gekommen sei, es während des Scheidungsverfahrens fortwährend mit fremden Mannspersonen zu thun gehabt habe, und diese Behauptung muß, als das Wesentliche, worauf es ankömmt, enthaltend, genügen, daher auch der Unterrichter mit Recht im Beweiserkenntniß vom 24. November 1852 dem Kläger den Beweis darüber auferlegt hat, daß die B. Herrel in der Zeit der unterstellbaren Empfängniß den Beischaf mit fremden Mannspersonen vollzogen habe.

Was nun im Uebrigen den Beweis der Klage betrifft, so ist solcher:

1) bezüglich der Verheimlichung der Niederkunft dadurch vollständig geführt, daß die vom Kläger zum Streite beigeladene B. Herrel zugestehen mußte, in Straßburg entbunden worden zu sein, ohne dem Kläger von ihrer Schwangerschaft und Niederkunft Nachricht gegeben zu haben. Darauf, daß der Kläger, wie er allerdings selbst anführt, einige Zeit vorher zufällig Kenntniß von der Schwangerschaft erhielt, kommt es nicht an, zumal er, ehe und bevor B. Herrel geboren hatte, irgend ein Klagrecht nicht hatte.

Anlangend

2) die Thatsachen, welche Kläger in Folge des oben erwähnten Beweiserkenntnisses des Näheren dargethan hat, so gewähren die Aussagen der in der Ehebruchsuntersuchung vernommenen Zeugen, auf welche sich Kläger wiederholt berufen, auf deren nochmalige Abhör aber der beklagte Theil verzichtet hat, insbesondere diejenige des Georg Gerold von Legelshurst eine so vollständige Ueberzeugung bezüglich des Beweisthemas und bezüglich der sittlichen Verworfenheit der B. Herrel überhaupt, daß der beklagte Theil dadurch, daß Kläger noch den Erfüllungseid ausschwören soll, sicher nicht beschwert erscheint.

Dr. Puchelt.

V.

Die Bestimmung des L.R.S. 472 über die Ungültigkeit gewisser Verträge zwischen dem Vormund und dem großjährig gewordenen Mündel bildet eine gesetzliche, vom Beweis befreiende und den Gegenbeweis ausschließende Vermuthung, daß dabei der Mündel überlistet worden sei, und es darf daher der Richter diese Bestimmung, auch wenn sie nicht ausdrücklich angerufen ist, auf die vorgebrachte Behauptung der Ueberlistung anwenden.

Der Kläger, welcher früher Vormund der Beklagten war, verlangte von dieser, nachdem sie am 2. September 1853 die Volljährigkeit erreicht hatte, den Strich des für ihr gesetzliches Pfandrecht bewirkten Eintrags auf Grund einer in öffentlicher Urkunde bestehenden Uebereinkunft vom 26. Oktober 1853, weil sie sich darin nach der

*) Die Frist für die Verläugnungsklage des L.R.S. 313 dürfte vielmehr ihrer Natur nach immer unter die Bestimmung des letzten Absatzes von L.R.S. 316 fallen, so daß dem Vater zwei Monate von dem Tage, da er Wissenschaft von der Entbindung erhielt, zur Klagerhebung vergönnt sind; über die Einhaltung dieser Frist hat er aber nöthigenfalls Beweis zu führen. Zachariä a. a. O. vor und in Note 39. 40. Die Uebersetzung in unserem Landrechte Satz 316 „wenn er sich in der Gegend des Orts" ist im Vergleiche mit dem Urterte „s'il se trouve sur les lieux" dem verläugnenden Vater weniger günstig, indessen wird nach der Fassung beider Stellen das richterliche Ermessen zu entscheiden haben. — Zachariä Note 36. —

D. E.

schon am 16. September 1853 geschehenen Rechnungsablage zur Bewilligung des Pfandstrichs verpflichtet habe. Die Beklagte wendete hiegegen ein, daß sie durch Ueberlistung zu jener Uebereinkunft bewogen worden sei, und wegen ihres Rückgriffs auf den Kläger, welcher ihr durch üble Verwaltung (ungesicherte Anlage von Kapitalien) einen bedeutenden Vermögensverlust verursacht habe, an ihrem Pfandrechte festhalte.

Während der Unterrichter zu Gunsten des Klägers erkannte, wurde in den beiden oberen Instanzen die Klage als zur Zeit nicht statthaft abgewiesen.

Entscheidungsgründe des mittelrheinischen Hofgerichts.

Nach L.R.S. 472 ist jeder Vertrag, welcher zwischen dem Vormunde und dem großjährig gewordenen Mündel zu Stande kommen mag, ungültig, wenn nicht wenigstens 10 Tage vor dem Vertrage eine umständliche Rechnung abgelegt, die Rechnungsbelege ausgeliefert sind, und dieß Alles durch einen Empfangschein des vormaligen Mündels erwiesen ist.

Wendet man diese, in weiser Fürsorge des Gesetzgebers gegen Uebereilung des bisherigen Mündels gegebene Verfügung auf den vorliegenden Fall an, so zeigt sich alsbald, daß die Klage zur Zeit deßwegen nicht begründet ist, weil die Beklagte an demselben Tage und in derselben Urkunde, in welcher ihr die Abstandsrechnung ihres bisherigen Pflegers, des jetzigen Klägers, eröffnet worden ist, diejenigen Erklärungen abgegeben hat, auf welche hin Kläger nunmehr den Pfandstrich verlangt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das in dieser Streitsache am 14. Juli v. J. von dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises erlassene Urtheil ist durch die Gründe, auf welchen es beruht, hinreichend gerechtfertigt.

Nach dem L.R.S. 472 ist nemlich eine jede zwischen dem Vormund und seinem gewesenen Mündel nach Beendigung der Vormundschaft getroffene — auf die vormundschaftliche Verwaltung Bezug habende — Uebereinkunft ungültig, wenn nicht der Vormund wenigstens 10 Tage vorher Rechnung gestellt und diese mit den Rechnungsbelegen seinem gewesenen Mündel überliefert hat. Daß aber der Kläger die von ihm am 13. September 1853 gestellte Vormundschaftsrechnung mit den Rechnungsbelegen wenigstens 10 Tage vor der am 26. Oktober 1853 mit der Beklagten getroffenen Uebereinkunft der Letzteren mitgetheilt hatte, dieß wird von dem Kläger nicht behauptet, vielmehr ergibt sich aus der von der Beklagten auf die erhobene Klage abgegebenen Erklärung, und aus der zu den Akten gekommenen, von beiden Theilen anerkannten, Uebereinkunft vom 26. Oktober 1853, daß die von dem Kläger gestellte Vormundschaftsrechnung der Beklagten erst am 26. Oktober 1853 eröffnet wurde, und daß sie nur an diesem Tage die Erklärung abgab, daß sie die Rechnung genehmige, ihren Vormund von allen seinen Pflichten und Verbindlichkeiten gegen sie befreie, und nach erfolgter Vermögensauslieferung die Ausstreichung des Pfandeintrags bewilligen werde.

In der Oberappellationsbeschwerdeschrift wird zwar behauptet, daß das großh. Hofgericht von Amtswegen jene Thatsache und Einrede der Klage entgegengesetzt, und auf diese seine Entscheidung gegründet habe.

Diese Behauptung ist jedoch unbegründet, denn, wenn auch die Beklagte sich nicht ausdrücklich auf den L.R.S. 472 berufen hat, so ist doch von ihr eingewendet worden, daß der Vertrag auf einer Ueberlistung beruhe und deßhalb ungültig sei. Nun besteht aber das Wesen der Bestimmung des L.R.S. 472 gerade darin, daß das Gesetz bei Verträgen solcher Art stets eine Ueberlistung unterstellt und dieselben aus diesem Grunde für ungültig erklärt. Es streitet daher für die Einrede der Beklagten kraft des L.R.S. 472 eine gesetzliche Vermuthung, die sie des Beweises überhebt, und einen Gegenbeweis nicht zuläßt. L.R.S. 1352.

Daß aber der Richter berechtigt ist, unter solchen Umständen die gesetzliche Vermuthung des L.R.S. 472 auf die von der Beklagten vorgebrachten Thatsachen anzuwenden, unterliegt keinem Zweifel.

(Urtheil J. S. Oberföll gegen Oberföll)

X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 18. Mannheim, 28. April 1855.

I.

L.R.S. 2198.

Die L.R.S. 2114 und 2166 stellen in Uebereinstimmung mit L.R.S. 2182 den Grundsatz auf, daß durch den Wechsel in der Person des Eigenthümers einer Liegenschaft das auf dieselbe eingetragene Vorrecht nicht beeinträchtigt werde und L.R.S. 2167 verweißt den neuen Erwerber auf das in L.R.S. 2180. 3 angedeutete und in L.R.S. 2181 ff vorgezeichnete Verfahren zur Entledigung seines Eigenthums von Vorzugs- und Unterpfandsrechten, ein Verfahren, welches bei uns zu Lande — so viel mir bekannt ist — nie oder höchst selten eingehalten zu werden pflegt.

Eine Ausnahme von obiger Regel tritt ein:

1) bei Zwangsversteigerungen, unter den Voraussetzungen der §§. 1023. 1024 Pr.O.

2) in dem Falle des L.R.S. 2198.

Die Pfandschreiber in Frankreich, bei uns die Pfandgerichte sind nach L.R.S. 2196 schuldig, Jedem, der es verlangt, ein Zeugniß, daß keine Eintragung auf eine Liegenschaft vorhanden sei, auszuhändigen und nach L.R.S. 2197 haften sie für den Schaden, wenn in ihren Zeugnissen einer oder mehrerer noch bestehenden Eintragungen nicht erwähnt wird.

Wenn man den, in den L.R.S. 2114. 2166 aufgestellten Grundsatz mit dem L.R.S. 2197 zusammenhält, so sollte man glauben, daß ein solches, einem Dritten ausgestelltes, unrichtiges Zeugniß dem Pfandgläubiger keinen Schaden bringen und für den dadurch getäuschten Erwerber der Liegenschaft nur Schadensersatzansprüche gegen den Pfandschreiber (das Pfandgericht) begründen könne. Allein das Gesetz hat nun einmal im Interesse des Verkehrs in entgegengesetzter Richtung entschieden, nämlich daß der Pfandgläubiger sein Recht an der Liegenschaft zum Vortheil des neuen Erwerbers verliere und nur ein persönliches Recht auf Entschädigung gegenüber dem Pfandschreiber erhalte, falls der neue Erwerber das Zeugniß nach der Eintragung seiner Rechtsurkunde zum Grundbuch nachgesucht habe.

s. Annalen 1852, No. 43, IV. S. 342. 343.

Beff, über dingliche Rechte §. 85 S. 208. 209.

In Frankreich ist man darüber einig, daß hiernach die Entscheidung des Gesetzgebers in dem Widerstreit des Interesses des neuen Eigenthümers mit dem des Pfandgläubigers zu Gunsten des Ersteren nur unter der Voraussetzung und für den Fall gelte, daß derselbe seinerseits das gethan habe, was ihm das Gesetz zur Einleitung der Entlastung seines Eigenthums vorschreibe, daß er das Zeugniß zum Zweck des Entlastungsverfahrens verlangt habe.

„Un immeuble vient d'être vendu. L'acquéreur veut le purger des hypothèques et privilèges. Il commence par faire transcrire; puis, afin de faire la notification conformément à ce qui est prescrit par l'article 2183, il se fait donner un certificat des inscriptions, qui lui est nécessaire.

Si le conservateur omet l'une des créances inscrites, l'acquéreur sera dans l'impossibilité de remplir à son égard les formalités du purgement. Ici la loi avait à choisir: ou elle pouvait ordonner que la procédure en purgement ne nuirait pas au créancier omis et non appelé, ou elle pouvait décider que l'ommission profiterait à l'acquéreur, qui serait dispensé de remplir de nouvelles formalités. Elle s'est prononcée pour ce dernier parti. L'avantage qu'il y a à dégager les propriétés des hypothèques qui les grèvent et à rendre par conséquent leur circulation plus facile, a fait decider que l'immeuble passerait entre

les mains de l'acquéreur franc et quitte des charges omises dans le certificat."

Troplong des privilèges et hypothèques T. II. No. 1004.

„Il est permis de présumer que le législateur a voulu balancer l'interêt du créancier dont l'inscription a été omise avec celui de l'acquéreur; qu'il a considéré que cette omission ne devait nuire au créancier qu'autant que l'aquéreur voudrait user de la faculté de purger toutes les hypothèques; et que, la volonté de l'acquéreur sur ce point ne pouvant se manifester que par la transcription, il ne fallait lui accorder le bénéfice de l'affranchissement d'une incription omise qu'autant qu'il aurait transcrit son contrat avant de requérir le certificat ou l'état des inscriptions."

Tarrible, répert. v° transcription p. 136. col. 1.

In Frankreich, wo nach Art. 939 des C. c. nur die Transscription der Schenkungen von Liegenschaften geboten ist, kann nemlich der Erwerber einer Liegenschaft diese so lange nicht von den auf ihr haftenden Unterpfändern frei machen, auch so lang nicht verhindern, daß Unterpfänder, die erworben worden sind, ehe die Liegenschaft auf ihn übergegangen ist, auf sie eingetragen (inscribirt) werden, als bis er seinen Erwerbungstitel hat transscribiren lassen.

s. Zachariä franz. Civ.R. §. 208. 5. Aufl. Bd. 1 S. 518.

Dieselbe Bestimmung bezüglich der Pfandeinträge finden wir in Baden in

§. 25 des II. Einf Ed. und

in L.R.S. 1583 a.

In Frankreich geschieht die Transscription von dem Hypothekenbewahrer, Art. 2181, also von demselben Beamten, welchem nach Art. 2146 auch die Inscriptionen in das Pfandbuch obliegen.

In Baden werden nach §. 25 des II. Einf.Ed. die Grundbücher rücksichtlich der markfäßiger Güter von den Stadträthen und Dorfgerichten und nach §. 26 ebendaselbst die Pfandbücher von den nämlichen Stellen wie die Grundbücher gehalten, die Pfandschreibereien rücksichtlich markfäßiger Liegenschaften sind also die Stadträthe und Dorfgerichte. Die ebendaselbst zugesagte Instruction zur Führung der Grundbücher ist im Jahr 1824 und die zur Führung der Pfandbücher am 6 September 1822 von großh. Ministerium des Innern erlassen worden.

Brauer in den Erläuterungen Bd. 4 S. 241 bemerkt über Satz 2198.

„Die Gerichte (Stadträthe und Dorfgerichte) haben künftig nur für frei, nämlich von Dienstbarkeiten, und eigen, nämlich des Verkäufers zu gewähren, die dritte bisherige Gewährungspflicht für ledig, nämlich von Pfandlasten geht sie nun nichts mehr an, sondern der Käufer, der sich versehen will, muß den Kaufschilling von Liegenschaften eher nicht zahlen, bis er weiß, daß keine Pfandlasten darauf haften; zu diesem Ende muß er nach der Eintragung des Kaufs zum Grundbuch dort Zeugniß darüber erheben und dieses der Pfandschreiberei zur Vormerkung übergeben; von diesem Augenblick an höret das Recht auf, unter dem Namen des Verkäufers Pfandrechte einschreiben zu lassen, der Pfandschreiber kann also nun das sichere Zeugniß über ledig oder Nichtledigsein geben."

Dieser gewiß richtigen Auffassung widersprechend, brachte aber die Instruktion über Führung der Grundbücher, welche von dem großh. Ministerium des Innern im Jahr 1824 erlassen wurde, unter §. 5 Ziff. 3 die Anordnung, daß der Gemeinderath jeweils aus den Pfandbüchern sich zu überzeugen habe, ob und mit welchen Vorzugs- und Pfandlasten die veräußerten Liegenschaften beladen seien, und daß hiervon in dem Eintrag zum Grundbuche Erwähnung geschehen müsse, und in §. 13 die weitere Anordnung, daß monatlich Auszüge von allen Einträgen über Käufe und Tausche auch ohne Verlangen der Betheiligten zum Behuf der förmlichen Ausfertigung an das Amtsrevisorat eingeschickt werden müssen.

Zum Vollzug dieser Anordnung ist unter Ziffer 8 des für solche Auszüge vorgeschriebenen Formulars die Frage aufgenommen:

„Haften auf der verkauften Liegenschaft Vorzugs- oder Pfandlasten? an wen? für wie viel Kapital und Zins? wie wird der Gläubiger befriedigt?"

Die großh. Steuerdirektion hat zudem durch Erlaß vom 20. Dezember 1836, No. 33,913,

(Mannheimer Verordnungsblatt 1837, No. 1, S. 4)

zur Sicherung des Bezugs der Accis- und Sportelgefälle eine Verordnung des vormaligen Neckarkreisdirektoriums vom 25. April 1823, No. 6759 republicirt und generalisirt, wonach der Auszug binnen 14 Tagen nach protokollirtem Kauf, Tausch rc. rc. dem Amtsrevisorat übergeben sein muß.

S. auch Steuerverord.-Blatt von 1837, No. 26.

Hiermit hatte man nun in Baden etwas Besonderes, auf welches die mit der Pfandklage belangten Erwerber von Liegenschaften sofort griffen, indem sie schlußfolgerten, der Gemeinderath ist wie Gewähr-, so auch Pfandgericht, seine Beurkundungen in ersterer Eigenschaft sind von derselben Behörde ausgestellt, welche auch als Pfandgericht Zeugnisse auszustellen hat, haben also dieselbe Wirkung und Bedeutung, wie diese Zeugnisse; über dasjenige, was in jenen Beurkundungen steht, bedarf es also dieser Zeugnisse nicht mehr, ergo gilt der durch disciplinäre Anordnung vorgeschriebene Auszug des Gewährgerichts dem auf Verlangen nach Vormerkung des Eigenthumsübertrags im Pfandbuche ausgestellten Zeugnisse des Pfandgerichts ganz gleich.

Damit umschiffen die neuen Erwerber — die Hände im Schooße, glücklich die allerdings etwas lästigen gesetzlichen Formen des Entledigungsverfahrens — die Pfandklage wäre so ein für allemal beseitigt, und die L.R.S. 2181—2195 wären außer Wirksamkeit gesetzt; denn nur derjenige Gläubiger ist zur Pfandklage gedrängt, dessen Pfandrecht bei Verpfändungen oder Veräußerungen ganz oder theilweis von dem Pfand- oder Gewährgericht übersehen ist, welches durch sein Zeugniß den übersehenen Pfandrechten immer den Hals bräche, wenn die singuläre Bestimmung des L.R.S 2198, den die Franzosen nur für das Entledigungsverfahren gegeben haben, und nur auf dieses anwenden, auch auf solche Zeugnisse Anwendung finde.

Gegen die Inconsequenz in der oben bezeichneten Instruction hat Bekk, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften §. 51. S. 99. 101 angekämpft, wo er die Frage, ob bei der ortsgerichtlichen Gewährung auch im Pfandbuche die auf das veräußerte Gut eingetragenen Vorrechte untersucht und angegeben werden müssen, auf Brauers Erläuterung zurückweisend mit schlagenden Gründen unbedingt verneint. Er hat ebendaselbst S. 100 unter Ziff. 2 ausgeführt:

„Das 8. Kapitel des 18. Titels vom III. Buche hat dem neuen Erwerber schon einen besonderen Weg vorgezeichnet, um von seinem neu erworbenen Gute auch die Pfandlasten kennen zu lernen und selbes davon frei zu machen, welcher Vorschrift es wohl nicht bedurft hätte, wenn durch den Grundbuchseintrag diese Lasten schon an Tag kämen.

Der Erwerber hat nämlich nach Satz 2198 erst nach der Eintragung in das Grundbuch ein Zeugniß der Pfandschreiberei (nicht des Grundbuchsführers) darüber:

welche Pfandlasten auf das von ihm erworbene Gut im Pfandbuche eingetragen seien —

nachzusuchen, und darauf den Eingetragenen die im S. 2183 vorgeschriebene Anzeige zu machen. Da die besondere Nachsuchung des Pfandbuchauszugs erst nach dem Eintrag ins Grundbuch zu geschehen hat, so ist klar, daß die Pfandlasten nicht schon aus diesem Eintrage, oder was dasselbe ist, aus der Gewährung selbst zur Kenntniß des neuen Erwerbers kommen."

Trotz alle dem glaubte man von Seiten der Gerichte billige Rücksicht auf die erbarmenswerthe Lage des neuen Erwerbers nehmen zu müssen, welcher nach Anweisung einer öffentlichen Behörde den Kaufpreis gezahlt hat, und nun noch einmal den übersehenen Pfandgläubiger befriedigen oder sein wohlerworbenes Eigenthum wieder aufgeben soll.

Annalen 1853, No. 7. V. S. 55. 56.
1853, No. 11. IV. S. 84. 85.
1854, No. 8. II. S. 59.
1855, No. 14. II. S. 107. 108.

Man glaubt, ihm nicht zumuthen zu dürfen, daß er von derselben Behörde, welche in einem gelegenheitlich von Dienstes wegen an das Amtsrevisorat eingeschickten Auszug aus dem Grundbuche die Frage nach Pfandlasten verneint hat, auch noch in ihrer Eigenschaft als Pfandgericht ein Zeugniß über dieselben Pfandlasten begehre, und so überläßt man denn dem Pfandgläubiger zu sehen, wo er bleibe. Hierdurch wird das durch L.R.S. 2198 in den Boden des Grundsatzes des L.R.S. 2166 durchgeschlagene Loch so erweitert, daß der mit der Pfandklage verfolgte Eigenthümer bequem durchschlüpfen kann, der ihn verfolgende Pfandgläubiger aber mit seinem Vorrechte auf die Liegenschaft in der Hand durchfallen muß und zwar in das Controversen Nest des Rückgriffs-Beneficiums auf dem Sauterrain der persönlichen Verbindlichkeiten.

Diese Theorie ist jedoch bei den Gerichten keineswegs durchgedrungen, wie aus andern Entscheidungen

Annalen 1853, No. 16. VI. S. 128.
No. 17. I. S. 129. 130.
Jahrb. n. F. XIII. No. 56. S. 434 — 438.

zu ersehen ist. In neuster Zeit hat auch das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises im II. und III. Civilsenate Gelegenheit gehabt, über diese Streitfrage sich auszusprechen, und hat es

1) I. S. des Philipp Lang von Roth gegen Christian Heinzmann Wittib von da, Schadloshaltung betreffend, am 24. August v. J. in folgenden Gründen gethan:

„In dem Grundbuchsauszug, der von dem Gewährgericht behufs der Ausfertigung des Kaufbriefs ausgestellt wurde, hat die genannte Ortsbehörde nach erfolgter Transscription beurkundet, auf dem verkauften Hause ruhe keine Pfandlast, auch hat das Gewährgericht am Schlusse der Urkunde noch besonders versichert, der Inhalt des Zeugnisses sei der Wahrheit gemäß. Diese Urkunde kann aber für ein Zeugniß der in L.R.S. 2198 bezeichneten Art, in Folge dessen das liegende Gut in der Hand des neuen Besitzers von der Pfandlast entledigt wird, nicht gelten, weil die darin enthaltene Beurkundung der Freiheit von Pfandlasten vom Gemeinderath nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgericht, sondern als Gewährgericht, abgegeben, weil es ferner nicht auf Nachsuchen des neuen Besitzers, sondern von Amtswegen und weil es nicht in der Absicht und zu dem Zwecke, den neuen Erwerber vor Pfandansprüchen sicher zu stellen, sondern nur aus Anlaß einer andern Beurkundung beiläufig ausgestellt wurde. Nur eigentliche Pfandbuchsauszüge oder sonstige Zeugnisse, die der Gemeinderath in seiner besonderen Eigenschaft als Pfandgericht über die Freiheit eines Guts von Pfandlasten auf Begehren des neuen Besitzers ausgestellt, wo er also im Kreis seiner besonderen Dienstobliegenheiten in Bezug auf Pfandsachen und angegangen um dieses besondere Dienstgeschäft gehandelt hat, können von den folgenschweren Wirkungen begleitet sein, welche die gedachte gesetzliche Bestimmung, der ihrer Besonderheit wegen eine ausdehnende Auslegung nicht zu geben ist, den dort erwähnten Zeugnissen beimißt. Der Grundbuchsauszug ist somit nicht geeignet, dem mit der Pfandklage verfolgten Käufer zum Sieg Rechtens zu verhelfen."

2) I. S. Bork gegen Knörzer am 21. Apr. 1855 mit folgender ähnlicher Begründung:

„Die Friedrich Speckart'schen Eheleute haben von der Klägerin eine Anleihe aufgenommen, und ihr dafür Liegenschaften zu Unterpfand gegeben, diese aber später an die Beklagten veräußert. Auf diese Liegenschaften macht die Klägerin das ihr bedungene Unterpfandsrecht gegen die dritten Inhaber geltend. Nach L.R.S. 2166—68 ist der Dritte, auf welchen das Eigenthum an einer verpfändeten Liegenschaft durch Privatkauf übergegangen ist, gehalten, entweder die Forderung des Unterpfandsgläubigers, dessen Vorrecht durch Eintrag oder durch das Gesetz gewahrt ist, zu bezahlen oder die Liegenschaft aufzugeben.

Von dieser Verbindlichkeit kann sich der neue Erwerber einer verpfändeten Liegenschaft dadurch befreien, daß er nach Eintrag seines Erwerbstitels zum Grundbuche L.R.S. 2181 a den Gläubigern in der durch L.R.S. 2183 vorgezeichneten Weise anbietet, sie aus dem im Kaufbriefe angegebenen Preise, soweit dieser reicht, zu befriedigen. L.R.S. 2184. Er hat dabei den Unterpfandsgläubigern namentlich eine Tabelle über die auf die Liegenschaft eingetragenen Pfandrechte behändigen zu lassen. L.R.S. 2183. 3. Zu diesem Zwecke kann er zufolge L.R.S. 2196 nach Eintragung seines Erwerbstitels zum Grundbuche von dem Pfandgerichte verlangen, daß ihm eine Abschrift der im Pfandbuch noch ungetilgten Eintragungen ausgehändigt werde. Ist dieses Zeugniß mangelhaft, so wird durch diese von dem Pfandgerichte verschuldete Mangelhaftigkeit das Vorhaben des neuen Erwerbers vereitelt, das Befreiungsverfahren gegen sämmtliche Unterpfandsgläubiger einzuleiten.

In einem solchen Falle, wenn nemlich der neue Eigenthümer einer Liegenschaft jenes Zeugniß nach Eintragung seines Erwerbstitels zum Grundbuche nachgesucht, also seinerseits Alles gethan hat, damit der Kaufpreis vorerst zur Befriedigung der Unterpfandsgläubiger verwendet werde, begünstigt ihn das Gesetz, dem im L.R.S. 2166 aufgestellten Grundsatze zuwider — gegenüber dem in dem Zeugniß ausgelassenen Pfandgläubiger durch die in L.R.S. 2198 in Uebereinstimmung mit L.R.S. 2167 enthaltenen Bestimmung, daß die Liegenschaft der ausgelassenen Pfandlast in seinen Händen entledigt bleibe.

In Frankreich ist von den Pfandschreibern sowohl die Transscription der eingereichten Erwerbungsurkunden als die Inscription der bestellten, beziehungsweise bestehenden Unterpfänder in die dazu bestimmten Bücher zu bewerkstelligen; auch in Baden werden sowohl die Uebertragungen im Grundbuche als die Einträge zum Pfandbuche von dem Gemeinderathe besorgt, allein er ist in jener Beziehung als Gewährgericht, in dieser als Pfandgericht thätig, und die eine dieser seiner Eigenschaften ist von der andern trennbar und zu unterscheiden, wie aus Z. 1 und 2 des L.R.S. 2127 a entnommen werden kann.

Ungeachtet der Pfandschreiber in Frankreich sowohl den Auszug des Eintrags der Erwerbsurkunde L.R.S. 2183. 2 als der Unterpfandseinträge oder ein Zeugniß, daß solche nicht bestehen, L.R.S. 2196 ausfertigt, so gibt doch L.R.S. 2198 nur dem letzteren Zeugniß die erwähnte außerordentliche Wirkung. Deßhalb kann auch in der in Baden bestehenden Einrichtung, daß die Mitglieder des Gemeinderaths auch das Pfandgericht bilden, kein Grund dafür liegen, eben jene Wirkung dem Auszuge aus dem Gewährbuche beizulegen, welcher von Amtswegen an das Amtsrevisorat zum Zweck der Ausfertigung des Kaufbriefs einzusenden ist.

Das großh. Ministerium des Innern hat zwar in einer Instruction v. J. 1824 die Anordnung getroffen, daß in diesen Auszügen auch der auf die betreffende Liegenschaft eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsrechte gedacht werde, allein die Nichtbeachtung dieser disciplinären Anordnung kann erworbene Privatrechte nicht beeinträchtigen, also nicht die den Pfandgläubigern nachtheilige Wirkung haben, welche in L.R.S. 2198 nur dem, dem Erwerber einer Liegenschaft auf Verlangen ertheilten Zeugnisse des Pfandgerichts als solchem eingeräumt ist.

In den vorliegenden Auszügen ist über dies die Frage 8 theils so unbestimmt, theils durch so undeutliche Zeichen beantwortet, daß ihnen schon deßhalb eine die Pfandklage der Klägerin zerstörende rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden kann. Insbesondere ist dadurch, daß das Pfandgericht die Verwendung des von Karl Knörzer zu zahlenden Kaufpreises zur Tilgung einer andern Verbindlichkeit des Pfandschuldners verfügt hat, den Rechten der Klägerin aus dem Pfandvertrage kein Eintrag geschehen."

Zu dieser Ansicht bekennt sich auch Mayer in seinem Leitfaden für das Studium des badischen Landrechts, wo er unter §. 265 II. Ziffer 5 nur den Pfandschreiberei-Zeugnissen, welche zum Zwecke der Entledigung ausgestellt sind, die in L.R.S. 2198 bezeichnete Wirkung einräumt.

Das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises hat sich veranlaßt gesehen, das großh. Justizministerium auf die Gefahr aufmerksam zu machen, welche — die Sicherheit der Unterpfandsgläubiger geradezu vernichtend — in der bisher besprochenen Vorschrift der Instruction über Führung der Grundbücher liege, indem vielfach die Bestimmung des L.R.S. 2198 über die Erlöschung der Vorzugs- und Unterpfandsrechte angewendet werde, wenn in Auszügen aus dem Grundbuche ein solches bestehendes Vorrecht nicht erwähnt wird.

In Folge dieser Anregung zum Gutachten über die Frage, ob und inwiefern ein Einschreiten im Wege der Verordnung als nothwendig oder räthlich erscheine, aufgefordert — sprach sich das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises in seinem am 6. März 1855 an großh. Justizministerium erstatteten Berichte für die Aufhebung der §§. 5 und 13 der Instruction im Wege der Verordnung — und in Beziehung auf die damit in Verbindung stehende Streitfrage über die Auslegung des L.R.S. 2198 die überwiegende Mehrheit des Collegiums dahin aus, daß die nach der Instruction ausgestellte Beurkundung des Gewährgerichts nicht als Pfandschreiberei-Zeugniß in der Bedeutung des L.R.S. 2198 gelten könne, mithin das darin ausgelassene Pfandrecht nicht erlösche.

Stf.

II.

1) Ist durch die Verweisung des Erlöses einer Zwangsliegenschaftsversteigerung ein Gläubiger auf den Steigschilling, welchen er selbst schuldet, angewiesen worden, so ist diesem Gläubiger gegenüber jedes Einsprachsrecht erloschen, und zwar auch dann, wenn die Versteigerung auf Zieler geschah, denn
2) diese Zieler sind zu Gunsten des Steigerers bestimmt, weßhalb derselbe jeder Zeit beliebig darauf verzichten darf.
3) Welche Rechte gewährt dem Gläubiger die Anmeldung seiner Forderung bei dem Vollstreckungsbeamten?

Annalen XVIII S. 348. XXII ...

Heisch gegen Offenburg.

Im Mai 1852 wurden dem August Glaser, Laubwirth in Zell, seine Liegenschaften im Vollstreckungswege versteigert. Der Beklagte, welcher bedungenes Unterpfandsrecht für ein Darleihen von 6000 fl. vom 25. November 1844 geltend machte, ersteigerte die Liegenschaften, und

wurde vom Vollstreckungsbeamten mit dem Erlöse von 3105 fl. auf sich selbst verwiesen, während eine Forderung des Klägers im Verweisungsgeschäft vom 25. Oktober 1853 nicht erwähnt ist, und eine Anmeldung desselben sich nicht bei den Vollstreckungsakten vorfindet.

Der Kläger begehrte Abänderung der Verweisung und Vorrang vor dem Beklagten, beziehungsweise die Befriedigung seiner Forderung von 200 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 23. November 1851 auf Grund seines älteren Pfandrechts, und auf Grund der Behauptung, daß er nicht nur durch den Pfandbuchauszug und das Steigerungsprotokoll (Anwesenheit bei der Steigerung), sondern auch durch Anmeldung seiner Forderung nebst rückständigen Zinsen dem Vollstreckungsbeamten als Gläubiger bekannt geworden sei, über welche Anmeldung sich auf Zeugen, worunter der Vollstreckungsbeamte, berufen wurde. Außer dem Widerspruche des Klagvortrags trug der Beklagte noch zu seiner Vertheidigung vor, daß das Einspruchsrecht des Klägers in Folge der bei der Verkündung von Niemanden angefochtenen Verweisung und durch die damit herbeigeführte Wettschlagung des Erlöses mit der Forderung des Beklagten erloschen sei.

In zweiter Instanz machte der vom Unterrichter abgewiesene Kläger in seiner Appellationsbeschwerdeschrift noch geltend, daß die Verweisung zwar allgemein laute, dagegen nach den Versteigerungsbedingungen nur ⅓ des Steigschillings baar, ⅓ des Rests auf Martini 1853, die beiden andern Termine aber erst auf Martini 1854 und 1855 — also nach Erhebung der Klage — fällig seien, welche letzteren zur gänzlichen Befriedigung des Klägers hinreichten.

Das Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigte jedoch durch Urtheil vom 23. Februar l. J. die Abweisung, indem es mit dem Unterrichter annahm, daß — vorerst abgesehen von der Anmeldung bei dem Vollstreckungsbeamten, das Einspruchsrecht des Klägers jedenfalls erloschen sei, worüber es sich in seinen Entscheidungsgründen dahin aussprach:

„In Erwägung, daß der Beklagte baden-badensche Stiftungsfond, als die Klage im August 1854 eingereicht wurde, hinsichtlich seiner im Vollstreckungswege betriebenen Forderung durch Verweisung an sich selbst zur Empfangnahme der Zahlung längst befriedigt war, indem durch solche Rechtsvermischung (Consolidation) die Steigschillingsschuld erlosch, gleichviel ob in der vorausgegangenen Versteigerung eine blos terminweise Zahlung bedungen worden war; L.R.S. 1300. Pr.O. §. 1040.

In Erwägung, daß überdieß die Termine blos zu Gunsten des Steigerers oder Steigschillingsschuldners zu dem Zwecke, ihn zum Besten des betriebenen Schuldners zu einem höheren Gebot zu vermögen, bedungen waren, und somit der Steigerer auf diesen Vortheil jeder Zeit beliebig wieder verzichten konnte; L.R.S. 1187. 1258 Z. 4." —

Hinsichtlich der Klagmomente, daß der Kläger ein bekannter Gläubiger gewesen und bei der Versteigerungstagfahrt erschienen sei, auch bei dem Vollstreckungsbeamten angemeldet habe, könnte nur der Letztere von Erheblichkeit sein. Nach §. 1003 Pr.O. und nach Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamten (Reg.Bl. 1851 No. 67) §. 113 hat selbst die Erwähnung in dem Pfandbuchauszuge nur die Folge, daß dem Gläubiger die Ankündigung der Versteigerung zugeht, während gemäß §. 128 die Verweisung keineswegs alle bekannten, im Pfandbuchauszuge erwähnten oder bei der Versteigerung anwesenden, Gläubiger berücksichtigen darf, sondern vielmehr nur

1) den oder die betreibenden Gläubiger,
2) diejenigen Gläubiger, deren Vorzugs- oder Unterpfandsrechte auf die versteigerten Güter vor dem Vollstreckungsbeamten angemeldet und richtig gestellt, oder die von dem Richter zu ihrer Befriedigung auf den Erlös verwiesen sind. (Vrgl. Pr O. §. 1028.)

Dagegen ergibt sich aus §. 115. 129 der Verordnung, daß der Vollstreckungsbeamte diejenigen Gläubiger, welche Unterpfands- oder Vorzugsforderungen bei ihm angemeldet haben, zur Verkündung der Verweisung vorzuladen oder ihnen einen Auszug daraus zu übersenden hat, selbst dann, wenn er ihre Ansprüche aus irgend einem Grunde in der Verweisung nicht berücksichtigt hat, — natürlich mit Ausnahme des Falls, wenn der Anspruch schon vorher von dem Richter rechtskräftig verworfen worden ist. Hierdurch wird es gemäß §. 130. 131 der Verordnung dem Gläubiger möglich, rechtzeitig Erinnerungen gegen die Verweisung vorzutragen, dadurch aber die Ausfertigung der Verweisung zu verhindern, so daß ihm das Recht zur Einsprache gewahrt bleibt, da vor Empfang der Verweisung der Steigerer nicht zahlen darf, und auch keine Rechtsvermischung eintritt. Unterläßt der Vollstreckungsbeamte die ihm obliegende Vorladung des Gläubigers, beziehungsweise die stellvertretende Behändigung des

Auszugs, so entzieht er demselben ein so wichtiges Recht, daß sich von selbst die Frage aufwirft, welche Schutzmittel gegen die Folgen dieser Dienstwidrigkeit des Vollstreckungsbeamten dem Gläubiger zu Gebot stehen? Stempf hat Annalen XVIII. S. 348—351 überzeugend nachgewiesen, daß dem in der Verweisung übergangenen Gläubiger nur die Regreßklage gegen den schuldigen Vollstreckungsbeamten, die Einsprache nach §§. 1039. 1040 P.O. und das Recht des Nachbietens nach §. 1024 Abs. 2 und §. 1025 zusteht.

Bei der Schwierigkeit und dem zweifelhaften Erfolge der Regreßklage, bei der kurzen Dauer der Einsprache (namentlich im Hinblicke auf den obigen Fall der Rechtsvermischung) und bei den vielen Einschränkungen des Nachbietungsrechts ist damit dem Gläubiger wenig geholfen, zumal derselbe auch nach L.R.S. 1239 keinen Anspruch an den Steigerer hat, welcher nach Maßgabe der Verweisung gezahlt hat. Jener Aufsatz von Stempf ist zwar vor Erlassung der neuen Vollstreckungsordnung vom 21. November 1851 geschrieben und erschienen, allein es ist durch diese Verordnung an der Sachlage, welche sich auf gesetzliche Bestimmungen gründet, nichts verändert worden, wie denn auch die Verordnung selbst keinerlei Folgen an das Uebergehen und Nichtvorladen eines Gläubigers, der liquidirt hat, knüpft.

Bei unserer Frage handelt es sich um eine Concurrenz der Gläubiger, und der Hauptfall einer solchen ist das Gantverfahren, weßhalb dieses für das Vollstreckungsverfahren gewiß die besten Analogien gewährt. Nun kann es auch in einer Gant vorkommen, daß ein Gläubiger ungeachtet seiner Anmeldung im Ordnungs- und Vertheilungsbescheid, oder im letzteren allein übergangen und zur Verkündung nicht vorgeladen wird, und wegen Unkenntniß über das Bestehen dieser Urtheile die zuständigen Rechtsmittel ohne sein Verschulden versäumt, nichts desto weniger trifft auch ihn die Vorschrift der §§. 900. 901 der Pr.O., daß nach abgelaufener Tagfahrt zur Verkündung des Vertheilungsbescheids selbst das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederherstellung ferner nicht zulässig ist, und daß nach ordnungsmäßiger Vertheilung der Masse kein Anspruch mehr an die Gläubiger, welche darauf angewiesen sind, stattfindet.

Ebenso gewähren die Vorschriften der neuen Vollstreckungsordnung über Einladung der Gläubiger zur Versteigerungstagfahrt und Berücksichtigung von deren Anmeldung zwar eine wichtige Garantie dafür, daß die Vollstreckungsbeamten in Erfüllung ihrer Pflicht den Gläubigern die Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte gewähren werden, aber die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften verleiht ihnen keine weiteren Rechte, als die oben besprochenen, welche sie vor Verkündung der Vollstreckungsordnung schon besaßen. Nur die Begründung der Regreßklage ist jetzt erleichtert, da klare Bestimmungen über das Verfahren des Vollstreckungsbeamten bestehen, und da der Gläubiger sich nach §. 114 der Vollstreckungsordnung eine Bescheinigung über seine Anmeldung verschaffen kann. Wohl kann somit ein Gläubiger durch Versehen u. dgl. des Vollstreckungsbeamten in seinem guten Rechte beeinträchtigt werden, allein „vigilantibus jura sunt scripta!" durch fortwährendes Ueberwachen des Vollstreckungsverfahrens muß der Gläubiger für sein Recht sorgen. Aehnliches und noch auffallenderes kommt auch sonst bei der Collision von Rechten vor; man denke an L.R.S. 2198.

Hat der Gläubiger rechtzeitig (bei oder vor der Verkündung §. 130 Vollstreckungsordnung) Erinnerungen gegen die Verweisung vorgebracht, der Vollstreckungsbeamte hat aber dennoch zuwider §. 131 die Verweisung ausgefertigt, so darf allerdings, wie in Annalen XX. S. 380 gezeigt ist, der Steigerer die Zahlung des Steigschillings verweigern; hat er aber Zahlung geleistet, so tritt ganz das oben erörterte Verhältniß auch hier ein. (P.O. §. 1023—1025. §. 1040. L.R.S. 1239.) Selbst die Rechtsvermischung bezüglich des an sich selbst verwiesenen Gläubigers wird durch eine solche, obwohl vorschriftswidrige, Ausfertigung und Behändigung der Verweisung bewirkt werden, und diese hat, da sie der Zahlung gleichsteht (L.R.S. 1234) ebenso wie die wirkliche Zahlung, die Erlöschung des Einsprachsrechts zur Folge. Der Gläubiger darf sich daher bei dem Vortrage seiner Erinnerungen bei dem Vollstreckungsbeamten nicht beruhigen, sondern muß sofort richterliche Einhaltsverfügung erwirken.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist über die Behauptung der Anmeldung bei dem Vollstreckungsbeamten nur Folgendes gesagt:

„In Erwägung, daß die ganz unglaubwürdige, weil mit den Akten in Widerspruch stehende, Behauptung des Klägers, daß er seine Forderung beim Vollstreckungsbeamten angemeldet habe, nicht berücksichtigt zu werden verdient, da er sich nicht nur eine Bescheinigung der Anmeldung vom Vollstreckungsbeamten erbitten (Reggsbl.

1851, No. 67, §. 114), sondern auch über die ganze Dauer des Vollstreckungsverfahrens hinsichtlich der Art und Weise der Geschäftsbehandlung, und in wiefern er in seinen Rechten verkürzt worden, durch Akteneinsicht Kenntniß erhalten, und durch sofortige Einsprache einen etwaigen Nachtheil abwenden konnte. P.O. §. 928. 1021."

Dr. Puchelt.

III.

Kann eine Parthie, welche den Eid zurückgeschoben hat, auch nach erlassenem Urtheile ihn wieder zurücknehmen, um ihn selbst zu schwören, wenn der Gegentheil den zurückgeschobenen Eid noch nicht angenommen hatte?

Annalen XXII. 108.

Es wird sich wohl behaupten lassen, daß, wie der Delat nach §. 535 über die Zuschiebung, so auch der Relat über die Zurückschiebung des Eides gehört werden muß. Die Worte des §. 547:

„so lange er nicht von der Gegenparthei angenommen ist"

weisen deutlich darauf hin und beziehen sich somit auf den §. 535 zurück.

In dem citirten Falle hätte daher nicht auf den zurückgeschobenen Eid erkannt werden sollen, ohne vorher dem Relaten wenigstens Gelegenheit gegeben zu haben, ihn anzunehmen oder abzulehnen. Es war ein Fehler des Verfahrens, daß der Richter unterlassen hat, den Relaten zur Erklärung über den zurückgeschobenen Eid innerhalb bestimmter Frist aufzufordern.

Der §. 547 unterstellt jedoch ein regelrechtes Verfahren; er setzt voraus, daß der Relat zur Erklärung über den Eid aufgefordert worden und läßt in so lange, als die Annahme desselben noch nicht erfolgt ist, den Widerruf der Zurückschiebung zu.

Ganz gewiß unterstellt aber der §. 547 nicht, daß unterlassen wurde, den Relaten von der Zurückschiebung in Kenntniß zu setzen, um sich darüber zu erklären. Wäre eine solche Auflage an den Relaten ergangen, so hätte in so lange als dessen Erklärung ausstand, der Gegentheil die Zurückschiebung zweifellos widerrufen können.

Diese Betrachtung führt zu dem Ergebniß, daß aus dem §. 547 für die Parthei, welche den Eid zurückgeschoben hat, die Befugniß nicht abgeleitet werden kann, die deßfallsige Erklärung selbst nach Publikation des darauf erkennenden Urtheils noch zurückzunehmen, um den Eid selbst zu leisten.

Durch die Verkündung dieses Urtheils waren nämlich dem Richter, welcher dasselbe erlassen hat, die Hände gebunden, so zwar, daß er daran nichts mehr ändern und eben deßhalb auf die nachträgliche Erklärung des Delaten, den zurückgeschobenen Eid selbst leisten zu wollen, keine Rücksicht nehmen durfte. §. 1121.

Dem Delaten mußte vielmehr überlassen werden, sich wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens beim höhern Richter zu beschweren, damit dieser den Unterlassungsfehler des vorigen Richters gut mache und den Relaten über die Zurückschiebung des Eides zur Erklärung auffordere. §. 1128. No. 3. 1130 und 1178. Bevor diese Erklärung, beziehungsweise die Annahme erfolgte, stand es dann dem Delaten frei, von der Vergünstigung des §. 547 noch Gebrauch zu machen und von der Zurückschiebung abzugehen, um den Eid selbst zu leisten.

Anders verhält es sich mit der Zurückschiebung eines angenommenen Eides, welche so lange geschehen kann, als dieser noch nicht geleistet ist. Zwischen dem §. 547 und dem §. 549 besteht mithin ein wesentlicher Unterschied. Nach dem Letztern kann der zugeschobene Eid selbst dann noch, wenn schon darauf erkannt und also das Urtheil bereits verkündet ist, nach dem Erstern dagegen der zurückgeschobene Eid nur in so lange, als er von der Gegenparthei nicht angenommen ist, zurückgenommen werden.

Daß es aber nicht angeht, die Singularität des §. 549, welche eine Ausnahme von der Regel des §. 1121 begründet, in den §. 547 hinüber zu tragen, ist schon in dem überschriftlich allegirten Aufsatze gezeigt worden.

Der Richter, welcher auf den zurückgeschobenen Eid erkannt hat, ist nach Verkündung seines Urtheils nicht mehr befugt, auf den zugeschobenen Eid zu erkennen, weil hierin eine Abänderung des verkündeten Urtheils liegen würde, die ihm der §. 1121 untersagt.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 19. | Mannheim, 5. Mai 1855.

I.

Zur Auslegung des §. 14 des ersten Constitutionsediktes vom Jahre 1807, die kirchliche Staatsverfassung des Großherzogthums Baden betreffend.

(Annalen XXI. S. 298 u. 405.)

Nachdem das großherzogliche Oberhofgericht durch sein Erkenntniß vom 11. November v. J. das gegen Dr. Schleyer wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung von dem mittelrheinischen Hofgerichte erlassene Straferkenntniß wegen Nichtbeobachtung der Vorschrift des §. 14 des Kirchenconstitutions-Ediktes als nichtig aufgehoben, zugleich aber am Schlusse der Entscheidungsgründe ausgesprochen hatte, es verstehe sich von selbst, daß durch diese Entscheidung der großh. Staatsbehörde nicht benommen sei, die erhobene Anklage weiter zu verfolgen, sah sich diese Staatsbehörde veranlaßt, bei dem bisherigen Untersuchungsrichter die Wiederaufnahme der Untersuchung unter Beobachtung der Vorschrift des erwähnten Paragraphen 14 zu beantragen. Auf mehrmalige Ladung erschien der Beklagte nicht. Inzwischen hatte das erzbischöfliche Dekanat Lahr, welchem von diesen Verfügungen des Untersuchungsrichters jeweils Kenntniß gegeben worden war, bei Letzterem beantragt, weil bei jetziger Lage des Kirchenconflictes ein gerichtliches Ein- und Fortschreiten in dieser Sache nicht gerechtfertigt erscheine, die Akten dem großh. Staatsministerium vorzulegen, damit dieses die Niederschlagung der Untersuchung ausspreche, und das Verfahren einstweilen einzustellen.

Der Untersuchungsrichter hielt sich nicht für befugt, hierauf einzugehen, sondern war der Ansicht, es müsse dem Angeklagten überlassen werden, sich mit einer solchen Bitte selbst und unmittelbar an das großh. Staatsministerium zu wenden. Das erzbischöfliche Dekanat beharrte auf seinem Antrage, indem es sich auf den §. 14 des Kirchenconstitutions-Ediktes, und das ihm hierdurch gewordene Recht der Beiwirkung zu der Untersuchung — welche nicht in einer blos passiven Kenntnißnahme von den Untersuchungshandlungen bestehe, berief. Der Untersuchungsrichter wies seiner Seits jede Einmischung einer geistlichen Aufsichtsbehörde in die Führung der Untersuchung entschieden zurück, und erklärte jede Parteinahme *) für den Angeklagten für unzulässig. Als das erzbischöfliche Dekanat mit seinem Antrage auf einstweilige Einstellung der Untersuchung und Vorlage der Akten an das großh. Staatsministerium bei dem Untersuchungsrichter nicht durchdrang, führte es wegen der abweislichen Verbescheidung dieses seines Antrages bei dem mittelrheinischen Hofgerichte Beschwerde. Hierauf erging folgender Bescheid:

„Es handelt sich hier um ein weltliches Vergeben, dessen der geistliche Rath Dr. Schleyer angeklagt ist. Durch den §. 14 des ersten Constitutions-Ediktes vom 14. Mai 1807 ist aber der Kirchengewalt die Strafgerichtsbarkeit über weltliche Vergehen der Kirchendiener ausdrücklich benommen, und allein dem ordentlichen Richter zugewiesen."

„Wenn sodann nach dieser Bestimmung ebendaselbst fortgefahren wird:

„Jedoch kann dieser (der Strafrichter), unverschiebliche Nothfälle ausgenommen, keinen Kirchendiener zum persönlichen Erscheinen vorladen, weniger noch irgend eine Verhaftung seiner Per-

*) Eine solche wurde auch darin gefunden, daß das dem Angeklagten angeschuldigte Vergehen der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung von dem Dekanate Lahr mit dem Prädikate: „angeblich" bezeichnet wurde.

son ꝛc. vornehmen, ohne eine Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung an die unmittelbare geistliche Aufsichtsbehörde, damit diese dafür wache, daß nichts dem Ansehen des Amtes oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges dabei unterlaufe,"

so ergibt sich aus der Zusammenstellung dieser verschiedenen Bestimmungen unzweifelhaft, daß der Kirchengewalt nicht etwa eine Beiwirkung bei der Prozeßleitung oder gar Entscheidung über einen in Rede stehenden Straffall, sondern nur bei den speziell aufgeführten Handlungen des Richters eingeräumt werden wollte. Dies wird insbesondere auch durch das Wort: „dabei," vor: „unterlaufe" ausgedrückt, indem dieses Wort nur auf die unmittelbar vorher bezeichneten Handlungen bezogen werden kann, zu welcher die geistliche Aufsichtsbehörde zur Beiwirkung eingeladen werden soll. Wollte man obiger Bestimmung des §. 14 des ersten Constitutionsediktes einen andern Sinn beilegen, und der Kirchengewalt etwa eine Mitwirkung bei der Prozeßleitung gestatten, so würde ihr dadurch wieder eine Strafgerichtsbarkeit eingeräumt, welche ihr in demselben Paragraphen 14 des ersten Constitutionsediktes ausdrücklich genommen ist. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß die Prozeßleitung auch zur Strafgerichtsbarkeit gehört."

„Wenn daher das großh. Stadtamt Karlsruhe, das erzbischöfliche Dekanat Lahr jeweils von den an den Angeklagten ergangenen Vorladungen in Kenntniß gesetzt, und deßhalb zur Beiwirkung dabei eingeladen hat, so hat es jedenfalls Alles gethan, was der mehrfach allegirte Paragraph 14 vorschreibt. Ein Mehreres konnte die geistliche Aufsichtsbehörde nicht verlangen, und das großh. Stadtamt Karlsruhe war ganz in seinem Rechte, daß es ein Eingreifen des erzbischöflichen Dekanats in den Gang des Strafverfahrens zurückgewiesen hat. Ein solches Eingreifen beabsichtigte aber offenbar das Dekanat, indem es als ein ihm durch den §. 14 des ersten Constitutionsediktes zugesichertes Recht in Anspruch nahm, daß nach seinem Antrage dabei verfahren werde, alles weitere Einschreiten einstweilen einzustellen, und Vorlage an die höchste Staatsbehörde zu machen."

„Wollte man aber annehmen, daß Herr Dekan F. nicht sowohl gestützt auf den §. 14 des I. Constitutionsediktes das Recht in Anspruch genommen habe, daß nach seinem Antrage verfahren werde, sondern daß er diesen Antrag nur als Bittgesuch, wie er solchen in seiner Eingabe vom 28. Februar selbst nennt, oder als einen dem Untersuchungsrichter ertheilten Rath gestellt hat, so kann auch von diesem Gesichtspunkte aus das Verfahren des großh. Stadtamtes nur gebilligt werden. Der Richter hat sein Verfahren nur nach den Gesetzen *) zu regeln; ein gesetzlicher Grund, das Verfahren einstweilen einzustellen, und an das großh. Staatsmininerium Bericht zu erstatten, lag überall nicht vor."

„Die gegen den deßfallsigen Beschluß des großh. Stadtamtes Karlsruhe von dem erzbischöflichen Dekanate anher gerichtete Beschwerde wird daher als unbegründet verworfen."

Die Entscheidung, daß durch den mehrerwähnten Paragraphen 14 einer geistlichen Aufsichtsbehörde das Recht nicht eingeräumt sei, die, wenn auch nur einstweilige Sistirung einer Untersuchung zu begehren, ist unzweifelhaft richtig. Allein die hofgerichtliche Motivirung dieses Bescheides scheint mir nicht richtig; sie scheint mir nicht dem Sinne und dem Wortlaute des §. 14 entsprechend, wohl aber ein weiterer Beweis zu sein, daß eben diese Vorschrift des §. 14 über die Beiwirkung der Aufsichtsbehörde zu Untersuchungshandlungen, über welche man sich, wie mir scheint, durch eine allzufeine Auslegung hinauszuhelfen suchen muß, mit den Vorschriften unserer Strafprozeßordnung in einem unlösbaren Widerstreite steht.

Wenn es richtig ist, daß die Prozeßleitung im Strafverfahren einen Theil der Strafgerichtsbarkeit selbst bildet, so wird es doch nicht weniger richtig sein, daß „Vorladungen und Verhaftungen" (Strafprozeßordnung XIV. Ti-

*) Die geistliche Aufsichtsbehörde wird, wenn sie von dem durch sie angesprochenen Rechte der Beiwirkung Gebrauch machen will, für ihr Verfahren wohl ebenfalls nur die Gesetze des Staats zur Grundlage machen dürfen. Ist es aber billig von solchen Männern, welchen nur die Satzungen des kanonischen Rechts und diese nur vom kirchlichen, nicht vom juristischen Standpunkte aus gelehrt werden sind, zu verlangen, ja nur zu hoffen, daß sie die von ihnen gar nicht, oder nur nothdürftig, und stets nur aus Veranlassung eines konkreten Falls zu einem bestimmten Zwecke studirten Gesetze des Staats ihren Amtsgenossen gegenüber in unparteiischer Weise zu praktischer Geltung bringen werden?

D. G.

el), oder „Verkrümmungen der innerhalb der Wohnung eines Angeschuldigten befindlichen Familienmitglieder oder Vermögensstücke“ ebenfalls Theile des Strafverfahrens, somit der Strafgerichtsbarkeit selbst sind. Das l. Constitutionsedikt hat nach der hofgerichtlichen Auslegung des §. 14 der Aufsichtsbehörde die Strafgerichtsbarkeit über Geistliche wegen weltlicher Vergehen zwar entzogen, jedoch nur im Allgemeinen; bei den speciell genannten Fällen der richterlichen Thätigkeit, welche dem Wörtchen „dabei“ vorangehen, ist die Ausnahme statuirt, daß die geistliche Aufsichtsbehörde zur Beiwirkung eingeladen werde. *)

Allein damit ist doch gewiß der geistlichen Aufsichtsbehörde ein ganz ausgedehntes Recht der aktiven Theilnahme an der Prozeßleitung selbst gestattet. Denn auf der Vorladung eines Angeschuldigten und in allen schweren Fällen auf der **rechtzeitigen** Verhaftung desselben beruht seine Einvernahme; und in einer außerordentlich großen Anzahl von Fällen beruht auf der Einvernahme die Ueberweisung, bestehe die Erklärung des Angeschuldigten im Gestehen oder im Lügen; auf der Verhaftung aber beruht die Möglichkeit der Bestrafung. Wer aber das Recht der Beiwirkung hat, dem muß auch das Recht des Entgegenwirkens zustehen, mit andern Worten, er muß das Recht haben, an diesen strafprozessualischen Handlungen Antheil zu nehmen.

Diese Handlungen strafgerichtlicher Thätigkeit sind es aber wohl nicht allein, an welchen der §. 14 der Aufsichtsbehörde das Recht der Theilnahme zusichert, wie die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe annehmen. Denn wenn die Aufsichtsbehörde bei Vorladungen und Verhaftungen zur Beiwirkung benachrichtigt und mitvorgeladen werden soll, so ist gewiß nach der Wortfassung des §. 14 vielweniger gemeint, daß die Vorladung und die Verhaftung selbst an die Beiwirkung der Aufsichtsbehörde geknüpft werden soll, als vielmehr gerade Alles dasjenige, was durch die Vorladung und Verhaftung eingeleitet, bewirkt werden, was auf sie folgen soll. Das ist aber gerade die ganze, unmittelbar gegen die Person oder (bei Flüchtigen gegen) das Vermögen gerichtete Prozeßleitung. Dieß geht, wie mir scheint, mit Bestimmtheit aus der auf die Worte: „Verhaftung seiner Person“ — folgenden Stelle „oder Verkrümmung der innerhalb seiner Wohnung befindlichen Familienmitglieder oder Vermögensstücke“ — hervor. Denn den Familienmitgliedern der Geistlichen sollte doch gewiß nicht ein größeres Privilegium gegeben werden, als den Geistlichen selbst. Wenn aber bei jenen schon jede „Verkrümmung“ (das heißt doch wohl jede ihnen nachtheilige Verfügung?) nur unter der Einladung der geistlichen Aufsichtsbehörde zur Beiwirkung vorgenommen werden soll, so muß dieß in erhöhtem Maße von den Geistlichen selbst gelten. — Dieß geht weiter hervor aus dem Worte: „Miteinladung“; das heißt zur Anwohnung bei der Einvernahme und an weiter zu ergreifenden Maßnahmen, wobei die Aufsichtsbehörde mitwirken soll. Diese Anordnung kann aber nur statt finden, wenn der Geistliche durch Vorladung oder Verhaftung vor den Untersuchungsrichter bereits sistirt, daher die Wirkung der Ladung oder Verhaftung eingetreten ist.

Wir kommen daher in folgerichtiger Auslegung dieser Stelle des §. 14 zu dem Ergebnisse, daß nach der dort gegebenen Vorschrift zwar die Geistlichkeit nicht mehr das Recht hat, für sich allein Geistliche wegen weltlicher Vergehen zu prozessiren und zu strafen und damit ist ihnen die Strafgerichtsbarkeit entzogen; daß aber auch die weltlichen Behörden die Geistlichen wegen weltlicher Vergehen nur nach geschehener Einladung der Aufsichtsbehörde zur Beiwirkung, das heißt zu einer thätigen Theilnahme an den (und nicht blos an einzelnen) vorzunehmenden strafrichterlichen Handlungen, prozessiren und strafen können. Diese organische Einrichtung ist aber mit unserem jetzigen Strafverfahren und mit unserer sonstigen Gesetzgebung durchaus unvereinbar, wie ich in dem Aufsatze im vorigen Jahrgange der Annalen No. 38 S. 298 nachgewiesen zu haben glaube. Insoweit dieser §. 14 daher in das Strafverfahren eingreifende Bestimmungen enthält, wird er als aufgehoben zu betrachten sein. Dagegen behält er in dienstlicher Beziehung immer noch die wichtige Bedeutung, daß die vorgesetzte Aufsichtsbehörde von allen gerichtlichen Maßnahmen gegen die untergeordneten Geistlichen und Schuldiener Kenntniß erhält, um sowohl im Interesse des Dienstes die nöthige Fürsorge treffen, wie über die Persönlichkeit ihrer Aufsichtsbefohlenen stets im Klaren sein zu können.

Ottendorff.

---

*) Was unter dieser Beiwirkung zu verstehen sei, darüber hat sich das großh. Hofgericht nicht ausgesprochen. D. E.

II.

Sind die Vorschriften des Bauedikts vom 26. April 1808 auf Begräbnißstätten anwendbar, welche nicht unmittelbar an Kirchen liegen?

Das mittelrheinische Hofgericht hat diese Frage in folgendem Falle verneint:

Zu Schuttern, einer der frühern reichsunmittelbaren Abtei gleichen Namens gehörenden Gemeinde war der Friedhof unmittelbar um die Kirche gelegen.

Die Abtei hatte Grund und Boden zu dieser Begräbnißstätte gegeben, sie durch eine Mauer von der Straße gesondert, und mit eisernen Gittern und eisernen Thüren verwahrt und geziert. Im Jahre 1794 ergab sich das Bedürfniß der Erweiterung des Friedhofes. Die Abtei errichtete in einer von der Kirche entfernten Gewann, aber auf eigenem Grund und Boden, einen neuen Gottesacker, worauf sie eine Todtenkapelle baute. Die Gemeinde Schuttern aber besorgte aus eigenen Mitteln die Herstellung der Umfassungsmauer.

Die seit jener Zeit stets zunehmende Bevölkerung hatte schon längst eine Erweiterung des Leichenfeldes wünschenswerth gemacht. Eine Ruhrepidemie im Jahr 1854 veranlaßte aus gesundheitspolizeilichen Gründen das großh. Oberamt Lahr zur Verfügung vom 25. Oktober v. J., wodurch die Gemeinde angewiesen wurde, vorsorglich und vorbehaltlich des Ersatzanspruches an den großh. Domänenfiskus, diese Erweiterung vorzunehmen.

Die reichsunmittelbare Abtei Schuttern war nämlich im Jahr 1803 säcularisirt worden, und ihr Besitzthum mit allen Rechten und Pflichten an die Krone Baden übergegangen. Außergerichtliche Verhandlungen, wodurch die Gemeinde Schuttern von dem großh. Fiskus als Rechtsnachfolger der Abtei Schuttern die Erweiterung des Kirchhofes zu erlangen hoffte, blieben ohne Ergebniß. Gestützt auf das oben Vorgetragene in thatsächlicher Beziehung, und unter Hinweisung auf die Art. 1. 4. 23. 28 und 29 des Bauediktes vom 26. April 1808 stellte die klagende Gemeinde Schuttern an den Civilrichter das Gesuch, es wolle zu Recht erkannt werden:

> Der großh. Fiskus als Bauherr der Begräbnißstätte zu Schuttern sei schuldig, für jetzt und künftige Zeiten diese Begräbnißstätte mit Ausschluß der Umfassungsmauer zu unterhalten, nach Bedarf zu erweitern und die Gemeinde Schuttern für die vorsorglich vorgenommene Erweiterung zu entschädigen.

Das großh. Stadtamt Karlsruhe hielt die Klage nicht für begründet, und versagte die Ladung. Dieses Erkenntniß wurde in zweiter Instanz bestätigt und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Die Gemeinde Schuttern begehrt, daß der großh. Domänenfiskus als Rechtsnachfolger der vormaligen Reichsabtei Schuttern für schuldig erklärt werde, die entfernt von der Kirche gelegene Begräbnißstätte für jetzt und künftige Zeiten zu unterhalten und nach Bedürfniß zu erweitern. Den Verpflichtungsgrund hiezu sieht die Klägerin in der Thatsache, daß im Jahr 1794 die Abtei Schuttern, als durch ansteckende Krankheiten die Zahl der Todesfälle zu groß wurde, als daß die Leichen auf dem um die Kirche gelegenen Friedhofe beerdigt werden konnten, den Platz zu einer Begräbnißstätte auf ihrem eigenen Grund und Boden freiwillig gegeben, und eine Todtenkapelle darauf gebaut habe. Die gesetzlichen Vorschriften, welche nach diesem Vorgange den großh. Fiskus verpflichten sollen, findet die Klägerin in den Bestimmungen des Bauedikts vom 26. April 1808. Die Ladung auf diese Klage wurde mit Recht versagt.

Die Bestimmung dieses Gesetzes, wonach derjenige, welcher „einmal einen Bau, oder eine Hauptausbesserung auf seine Kosten hergestellt hat, für den Bauherrn geachtet, und sofort zur Unterhaltung, Erweiterung und Wiederaufbauung wo nöthig angehalten werden soll," ist offenbar eine Vorschrift durchaus singulärer Natur. Sie kann daher nicht weiter ausgedehnt werden, als ihr Wortlaut selbst geht. Dieses Gesetz handelt nun ausdrücklich nur von „Kirchen- und Schulbaulichkeiten." Zu diesen Baulichkeiten gehört weder dem Wortlaute, noch jener Bestimmung nach, ein Friedhof. Es sagt vielmehr der §. 28 des Bauedikts in den Schlußworten:

> „indem in der Regel die Anschaffung und Unterhaltung des Gottesackers lediglich als eine Last der seiner bedürfenden weltlichen Gemeinde anzusehen ist, er mag übrigens mit oder ohne darauf „befindlicher Todtenkapelle angelegt sein,"

ausdrücklich, daß die Begräbnißstätten nicht als die Zugehörden der Kirchen zu betrachten sind, *) sie somit auch

*) Das großh. Oberhofgericht hat sogar schon wiederholt ausgesprochen, daß die auf dem Zehenten haftende Baupflicht nicht auch

nicht denselben Regeln der Baupflicht unterliegen, wie die Kirchen. Ja, der Eingang dieses Paragraphen geht sogar noch weiter, indem er verordnet, daß selbst dann, wenn die Begräbnißstätten unmittelbar um die Kirchen herumliegen und von einer die Kirche umgebenden Umfassungsmauer eingeschlossen sind, sie nur insoweit der Baupflicht des Kirchenbauherrn unterliegen, als sie in ihrer Eigenschaft als **Kirchen**vorhof einer Reparatur bedürftig sind. Schon hieraus geht mit aller Bestimmtheit hervor, daß der Umstand, wornach seit alten Zeiten die Begräbnißstätten um die Kirchen herumliegen, und nach katholischen Begriffen geweihte Orte sind, sie nicht zu Bestandtheilen der Kirchen machen, und sie mit diesen den gleichen Vorschriften über die Baupflicht unterwerfen kann.

Der Gesetzgeber will aber selbst, daß das Bauedikt enge ausgelegt und nicht auf Gebäude und Gegenstände ausgedehnt werde, welche er nicht als darunter begriffen, namentlich aufgezählt hat. Dieß ergibt sich aus einer Vergleichung einzelner Paraprapheu desselben. So sollen nach §. 6 nicht alle kirchlichen Gebäude, sondern nur „die alt vorhandenen Kirchengebäude, das heißt solche Kirchen, an welche die Handlungen des Pfarrkirchengottesdienstes gebunden sind," den Vorschriften des Bauediktes unterworfen sein; und der §. 16 sagt ausdrücklich, daß nicht einmal alle Kirchen, worin Gottesdienst gehalten wird, sondern nur jene im §. 4 genannten Pfarrkirchen des Schutzes und der Vergünstigung des Bauediktes genießen, indem alle Nebenkirchen, Feldkapellen, Hauskirchen, Todtenkirchen u. dgl. sich aus ihren angehörigen Kassen erhalten müssen; und wenn diese dazu außer Stande sind, so muß das Kirchspiel, oder der Hauseigenthümer die Mittel dazu anzuschaffen sich entschließen, im widrigen Falle gehen sie ein."

Aber wie nicht auf alle Kirchen, so sollen nicht einmal auf alle Theile der Pfarrkirchen die Vorschriften des Bauediktes anwendbar sein. So sagt der §. 12, daß der Thurm als eine nicht blos kirchliche, sondern vorzüglich auch weltliche Bauangehörde dem Kirchspiele aufzulegen" sei, und sogar dann, wenn er „nicht auf eigenen Fundamenten ruht, sondern auf dem Kirchendache;" und der §. 13 erklärt „besondere Verzierungen des Hauptaltars, sowie die Nebenaltäre, Orgeln, Glocken und Uhr als nicht nothwendiges Ingebäude" einer Pfarrkirche, und verordnet, daß „insoweit nicht geeignete Stiftungen dafür vorhanden sind, solche von der Gemeinde, und zwar die Uhr von der weltlichen Ortsgemeinde, die übrigen Stücke aber, sowie der Thurm von der ganzen Kirchspielsgemeinde besorgt werden."

Der Wille des Gesetzgebers selbst ist es daher, daß das Bauedikt, wie dieß namentlich auch aus seinem Schlußparagraphen 31 hervorgeht, nicht über seinen Wortlaut ausgedehnt werde. Die unterrichterliche Ladungsversagung ist somit in Rechten vollkommen begründet; es mußte daher wie geschehen bestätigend erkannt werden."

Eine gleiche Entscheidung hat das großh. Oberhofgericht gegeben, als die Stadtgemeinde Karlsruhe gegen den Fiskus auftrat, um diesen für ihre Begräbnißstätte baupflichtig erklären zu lassen, auf den Grund hin, daß der Friedhof von den Markgrafen von Baden aus freien Stücken errichtet worden ist. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. II. S. 33. Jene Entscheidung beruht aber auf von der hier gegebenen Ausführung wesentlich verschiedenen Gründen.

Ottendorff.

die Verbindlichkeit, den Bauplatz für die Kirche anzuschaffen, in sich begreife. Annalen XIX. 272. XXI. 384.

Um so weniger wird der Zehentherr angehalten werden können, für einen Begräbnißplatz zu sorgen.

Ebensowenig dürfte irgend ein anderer Bauherr, wenn er nicht gerade mit dem Kirchspiele identisch ist, zur Anschaffung solcher Plätze verpflichtet sein.

D. R.

III.

Zum Thatbestande des dritten Diebstahls gehören zwei vorausgegangene gerichtliche Straferkenntnisse wegen Diebstahls, daher dürfen polizeiliche Bestrafungen wegen Entwendungsfrevels selbst dann nicht mitgezählt werden, wenn darin aus Irrthum ein gerichtlich strafbarer Diebstahl polizeilich abgewandelt worden ist.

In den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 17. Februar l. J. J. U. S. gegen Elisabetha Kramer ist hierüber gesagt:

Dieser Diebstahl ist mit Recht in der vordern Instanz als ein erster Rückfall in den Diebstahl und nicht als ein dritter Diebstahl, wie ihn die großh. Staatsbehörde, welche dem von der Angeschuldigten eingeführten Rekurse

sich angeschlossen hat, bestraft wissen will, — angesehen werden. Es ist zwar richtig, daß die Angeschuldigte früher schon zweimal wegen Entwendungen durch Erkenntnisse des Oberamts Lahr, — das erste Mal unterm 11. Januar 1854 wegen Entwendung von Halstüchern im Werthe von 1 fl. 44 kr., und das zweite Mal unterm 17. März 1854 wegen Entwendung von 2 Vierlingen Baumwolle im Werthe von 30 kr. — bestraft worden ist, und diese Entwendungen stellen sich auch allerdings nach den §§. 376. 477 St.G.B. als gerichtlich strafbare Diebshandlungen dar; die Erste, weil der Werth der entwendeten Gegenstände den Betrag eines Guldens übersteigt, die Zweite, wenn gleich der damals entwendete Gegenstand nur zu 30 kr. angeschlagen worden ist, — aber deßhalb, weil ihr die gerichtliche Bestrafung der Angeschuldigten wegen eines Diebstahls, (nemlich das derselben damals längst verkündete gerichtliche Strafurtheil vom 11. Januar 1854) vorangegangen ist.

Dagegen wurde aber die Angeschuldigte wegen dieser letzteren Entwendung von Baumwolle im Werthe von nur 30 kr., weil die Polizeibehörde des Oberamts Lahr durch irgend ein Versehen ohne Kenntniß des gerichtlichen Straferkenntnisses vom 11. Januar 1854 blieb, gar nicht in gerichtliche Untersuchung gezogen, und das wegen dieser Entwendung ergangene Erkenntniß vom 17. März 1854 ist kein richterliches Strafurtheil, sondern enthält lediglich nur die polizeiliche Abwandlung einer Handlung, die irrthümlich als ein bloser Polizeifrevel im Sinne des §. 477 St.G.B. angesehen und als solcher auch nur bestraft worden ist.

Das Gesetz verlangt aber ganz abgesehen davon, ob die Angeschuldigte sich der höheren Strafbarkeit der früheren diebischen Handlung bewußt war, oder nach §. 73 des St.G.B. hätte bewußt sein sollen, — als ein wesentliches Erforderniß zum Thatbestande des dritten Diebstahlsverbrechens eine der neuerlichen Entwendung vorgängige zweimalige gerichtliche Verurtheilung des Angeschuldigten und nebstdem die bereits erfolgte Verkündung der ergangenen richterlichen Urtheile an die Angeschuldigte (vergl. §. 384 mit §. 184 St.G.B.) — unverkennbar von der Ansicht ausgehend, daß die Rückfälligkeit des Diebes nicht schon deßhalb mit höherer Strafe zu belegen sei, weil er sich überhaupt schon wiederholt eines Diebstahles schuldig gemacht habe, sondern erst dann, wenn ihm ein früheres Strafurtheil, worin er wegen Diebstahls verurtheilt worden ist, bereits verkündet war.

In dieser Verkündung eines den Angeschuldigten wegen Diebstahls verurtheilenden strafrichterlichen Erkenntnisses ersah das Strafgesetz, — abweichend von dem früher in Geltung gewesenen Strafedikte von 1803, welches einen, nach der wegen eines gleichen Verbrechens eingeleiteten Untersuchung verübten, Diebstahl schon als Rückfall bestrafte, und abweichend von mehreren Gesetzgebungen anderer Länder, welche einen Rückfall erst dann annehmen, wenn der neuerdings Schuldige die wegen seiner früheren Handlung ihm zuerkannte Strafe ganz oder doch theilweise schon erstanden hat, — die Verwarnung vor künftigen Diebstählen, die zwar allein, aber doch nothwendig vorausgehen mußte, um eine neue Diebstahlshandlung mit der erhöhten Rückfallsstrafe belegen zu können.

Der Angeklagten Elisabetha Kramer ist aber, ehe sie den jetzt abzuurtheilenden Diebstahl verübt hat, erst einmal ein sie wegen Diebstahls verurtheilendes richterliches Straferkenntniß (vom 11. Januar 1854) verkündet worden, weßhalb sie auch jetzt nicht wegen des, das Verbrechen des dritten Diebstahls darstellenden, zweiten Rückfalls, sondern nur wegen ersten Rückfalls verurtheilt werden konnte, — wie dieß von dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises unter richtiger Bemessung der hierwegen von der Rekurrentin verschuldeten Strafe geschehen ist.

X.

IV.

Zur Begründung des Anspruchs auf Handlohn gehört zwar die Darlegung seiner privatrechtlichen Natur, nicht aber nothwendig die Behauptung, daß ein zertheiltes Eigenthum (Erbbestand u. s. w.) vorhanden und als Folge dessen Handlohn zu entrichten sei.

(Annalen XVI. Jahrg. S. 98.)

J. S. des fürstl. Salm'schen Familienverwaltungsraths, Klägers, gegen Nikolaus Bauer und Consorten von Kützbronn, Beklagte, Anerkennung der Handlohnspflichtigkeit betr., hat das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises seinem Urtheil vom 31. März d. J. obigen Satz unterlegt und folgendermaßen begründet:

„Es bedarf keiner weitern Ausführung, daß der Handlohn, insofern er vor bürgerlichen Gerichten gegen

die Pflichtigen verfolgt werden soll, privatrechtlicher Natur sein muß. Es unterliegt aber ebensowenig einem Zweifel — und sowohl das Gesetz vom 10. April 1848 Art. 3 (Reggsbl. XXIII.), als auch das Gesetz vom 13. Febr. 1851 §. 1 (Reggsbl. XV.) sprechen es aus, daß Besitzveränderungsabgaben, insbesondere Handlohn, nicht nothwendig einen privatrechtlichen Entstehungsgrund haben, sondern seiner Zeit ebensowohl aus einem Titel des öffentlichen Rechtes, z. B. des Rechtes zur Besteuerung — als eine Art Kauf- und Erbschaftsaccise auferlegt worden sein konnten. Zur Klage gehört daher die thatsächliche Begründung, wonach die in Anspruch genommene Berechtigung als eine privatrechtliche erscheint, dagegen bedarf es nicht ausschließlich der Behauptung, daß ein zertheiltes Eigenthum (Erbbestand u. s. w.) vorhanden und als Folge dessen Handlohn zu entrichten sei; dies wäre nur dann der Fall, wenn die privatrechtliche Natur des Handlohns ohne ein zertheiltes Eigenthum undenkbar, oder der Handlohn, obgleich aus privatrechtlichen Titeln hervorgegangen, nach unserm Landrecht nur dann als eine klagbare Verbindlichkeit erschiene, wenn er zur Anerkennung eines zertheilten Eigenthums geltend gemacht würde. Ist es nun auch richtig, daß der Handlohn ursprünglich eine von dem neuen Nutzeigenthümer an den Obereigenthümer bei dem Antritt des Gutes zu zahlende Abgabe ist, so kommt derselbe doch auch als eine auf Bauerngüter im vollen Eigenthum übertragene Last vor,

Gerber, System des deutschen Privatrechtes, 2. Auflage §. 143,

Oberhofger. Jahrbücher 6r Jahrg. S. 183,

wie es sich denn auch sehr wohl denken läßt, daß bei der Hingabe des vollen Eigenthums der Handlohn auf das hingegebene Grundstück gelegt oder bei der Hingabe des Obereigenthums an den Nutzeigenthümer auch ferner auf dem Grundstück belassen wurde. Hiemit stimmen die Gesetze vom 10. April 1848. Art. 2. Z. 4 und vom 13. Februar 1851. §. 1 überein, wenn sie gerade die bei dem Erblehen (L.R.S. 1831 bb.), also dem zertheilten Eigenthum vorkommende Besitzveränderungsabgabe von der Aufhebung ausschließen, dessenungeachtet bei den aufgehobenen Besitzveränderungsabgaben einen Handlohn aus privatrechtlichem Entstehungsgrunde als möglich unterstellen, wie sie denn auch, indem sie wegen eines solchen (also nicht aus Erbbestandsverhältnissen folgenden) Handlohns der Staatskasse eine Rückgriffsklage gegen die Pflichtigen gestatten, die Klagbarkeit einer solchen Handlohnsberechtigung aussprechen. (§. 1 und 12 des Gesetzes vom 13. Febr. 1851.)

Daraus, daß das Landrecht des Handlohns nur beim zertheilten Eigenthum im Satze 1831 bb erwähnt, folgt nicht, daß er als selbstständige Reallast nicht geltend gemacht werden könne, insofern er bereits vor Einführung des Landrechtes als solche erworben werden konnte und erworben worden ist, sondern in Verbindung mit L.R.S. 710b und 6b und nach dem allgemeinen Grundsatze, daß wohlerworbene Rechte darunter nicht leiden können, daß sie unter der Herrschaft einer andern Gesetzgebung verfolgt werden, nur, daß er nach Einführung des Landrechtes allein noch beim Erblehen constituirt werden kann. Arg. L.R.S. 2. 691. 710 fb.

Stabel, Vorträge über das badische und französische Civilrecht §. 15.

Anders verhielte es sich, wenn gegen diesen allgemeinen Grundsatz das Landrecht die Klagbarkeit jedes Handlohns, der nicht bei zertheiltem Eigenthum vorkommt, aufgehoben hätte. Dies läßt sich jedoch aus L.R.S. 577 ab nicht folgern, da aus dem Satze, daß ein zertheiltes Eigenthum eine besondere Anerkenntniß des Grundeigenthums, z. B. durch Handlohnzahlung, voraussetzt, nicht umgekehrt geschlossen werden kann, daß die Handlohnzahlung das zertheilte Eigenthum voraussetze."

v. Hillern.

V.

Die Ablösung der Weiderechte betreffend.

(Reg.-Bl. von 1848. S. 303).

Die Gemeinde Schweinberg hatte im Jahr 1832 mit den Hofgutsbesitzern Wolf und Consorten einen Vergleich abgeschlossen, wornach sie die den letztern auf ihrer Gemarkung zustehende Weideberechtigung gegen die Summe von 5000 fl. übernahm, die Hofgutsbesitzer aber den Pferch von 300 Schaafen erhalten sollten. Die Gemeinde verlangte, nachdem der Vergleich längst zum Vollzuge gekommen war, auch die Ablösung dieses Pferchrechts auf den Grund des Ablösungsgesetzes vom 31. Juli 1848. Das großh. Bezirksamt Walldürn erkannte mit Urtheil vom 5. Februar d. J. nach dem Klagbegehren. Die beklagten Hofgutsbesitzer führten dagegen die Berufung aus, in-

dem sie darzuthun suchten, daß sie die Belasteten seien, da die Klägerin mit 300 Schaafen ihre, (der Beklagten) Felder beweide, die Weiderechte aber nach dem Art. 1 des erwähnten Gesetzes nur auf Verlangen der Belasteten, also nicht gegen ihren Willen abgelöst werden können, daß ferner die in Frage stehende Pferchberechtigung kein Surrogat der Weideberechtigung, sondern lediglich der Kaufpreis für die abgelöste Weideberechtigung, mithin nicht einer weitern Ablösung zu unterwerfen sei. Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises wies durch abänderndes Urtheil vom 21. April l. J. die Klägerin mit ihrer Klage ab, indem es in seinen Gründen sagte:

Ist auch die erstere Ausführung der Appellanten unrichtig, da, faßt man die ursprüngliche Weideberechtigung oder das jetzt bestehende Pferchrecht ins Auge, die Gemeinde die Belastete ist, indem sie verbunden war, die Schaafheerde der Beklagten auf ihrer Gemarkung weiden zu lassen, und verpflichtet ist, mit einer Heerde von 300 Schaafen die Felder der Beklagten zu bedüngen, so ist doch diese Berechtigung nicht als ein Surrogat der Weideberechtigung im Sinne des Gesetzes vom 31. Juli 1848 anzusehen. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Weideberechtigung den Beklagten die Möglichkeit der Unterhaltung einer Schaafheerde von 300 Stücken und als eine der ihr entspringenden Nutzungen die Bedüngung ihrer Felder durch dieselbe sicherte, mithin durch das Pferchrecht der Beklagten ein Aequivalent für diesen letzteren Vortheil geboten wird. Allein in so fern könnte das Pferchrecht höchstens als das Surrogat einer einzelnen und zwar nicht einmal unmittelbar aus der Weideberechtigung fließenden Nutzung, nicht aber als ein Surrogat dieser Berechtigung selbst erscheinen. Hiezu wäre vielmehr sowohl nach der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes „Surrogat" als auch nach dem Grundsatze, daß bei Spezialgesetzen eher die engere, als die weitere Wortbedeutung anzunehmen ist, ein Recht erforderlich, welches dem Inhalt und Umfang des Weiderechts wenigstens annähernd entspräche und um dieses zu ersetzen, an dessen Stelle getreten ist, was nach dem bereits oben gegebenen Begriffe des Pferchrechts nicht der Fall ist.

Ist hiernach weder ein Weiderecht noch ein Surrogat desselben in Frage, so findet auch das Ablösungsgesetz vom 31. Juli 1848 keine Anwendung.

v. Hillern.

VI.

Bei der Anfechtung von Verweisungen der Vollstreckungsbeamten berechnet sich die Appellationssumme nicht nach der ursprünglichen Forderung des Klägers, sondern nach dem Betrage, welcher ihm aus dem Erlöse des Vollstreckungsverfahrens zugeschieden werden soll.

(Annalen XIX. S. 288. XX. S. 104.)

So erkannte das mittelrheinische Hofgericht am 3. Februar l. J. i. S. Brucker gegen Räpple aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß durch das unterrichterliche Urtheil, gegen welches der Beklagte appellirt hat, die Verweisung vom 23. September v. J. abgeändert, und die Forderungen beider Theile für gleichberechtigt erklärt wurden, so daß sie nach Verhältniß ihrer Größe Befriedigung aus dem Erlöse der im Zwangswege versteigerten Liegenschaften erhalten sollen;

In Erwägung, daß hiedurch die frühere Verweisung vom 4. September v. J. wiederhergestellt wurde, in welcher nach dem Grundsatze der Gleichberechtigung und mit richtiger Berechnung die Vertheilung jenes Erlöses so geschehen ist, daß dem Beklagten der Betrag von 90 fl. 48 kr., dem Kläger aber der Rest mit 45 fl. 23 kr. zugeschieden wurde;

In Betracht, daß demnach dieser letztere Betrag von 45 fl. 23 kr. nebst den bei der Versteigerung bedungenen Zinsen seit 3. August v. J. es ist, welchen der Kläger durch seine Einsprache zuerkannt haben will, und welchen der Beklagte ihm bestreitet; daß also diese Summe den wirklichen Streitgegenstand im Sinne von Pr.O. §. 1127 Z. 1 bildet, mithin die Appellationssumme nicht vorhanden ist; Pr.O. §. 1125. 1126.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht von Pr.O. §. 1165 wurde die Appellation des Beklagten als unzuläßig verworfen.

B.

Berichtigung.

In Nr. 18. S. 139. Sp. 2. Z. 7 von unten ist „Souterrain" statt „Sauterrain" zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 20. Mannheim, 12. Mai 1855.

I.

Die neue Civilprozeßordnung für das Königreich Hannover.

Der seit Jahrhunderten in Kraft bestandene gemeine deutsche Civilprozeß hat allmählig und besonders seit dem Jahr 1848 in den einzelnen Staaten so viele Veränderungen und Umgestaltungen erfahren, daß eine bunte Musterkarte von Prozeßordnungen und Gerichtsverfassungen an seine Stelle getreten ist. Diese Verschiedenheit der Gesetzgebungen läßt uns die Aussicht, daß wir auch in diesem Gebiet noch einen weiten Kreis von Versuchen und Erfahrungen zu durchlaufen haben, bis wir uns wieder, wenn jemals, zusammenfinden. Insbesondere gilt dies von der Grundfrage, ob Collegialgerichte erster Instanz oder Einzelrichter; denn am Ende ist es diese Frage, welche die Gesetzgebungen in zwei große Lager theilt, da von ihr nicht allein die ganze übrige Gerichtseinrichtung, sondern auch die Ausbildung des Verfahrens abhängt. Sowenig aber die collegiale Einrichtung Eingang gefunden hat, wird man doch den Gang der Gesetzgebungen minder beklagen, wenn man neben der Ausbeute, welche dieselben im Einzelnen geliefert haben, zugleich den Hauptanstand in Betracht zieht, daß über die Art des collegialen Verfahrens noch keine erschöpfende Verständigung stattgefunden hat. Denn, welche Gründe man auch für oder gegen diese Einrichtung vorbringen mag, so bildet zuletzt die Art des Verfahrens die Lebensfrage, ohne welche man weder von der Kostspieligkeit und Unbequemlichkeit derselben, noch von dem Schaden oder Nutzen der Anwälte, noch überhaupt von dem Werth oder Unwerth der Collegialität sprechen kann, da alle diese Fragen, an welchen bisher die Einführung derselben scheiterte, wesentlich mit der Einrichtung des Verfahrens zusammenhängen. Darin lag wohl auch, bewußt oder unbewußt, der Hauptgrund, daß in Baden der von der Regierung im J. 1848 gemachte Vorschlag, die schon in der P.-O. von 1831 Titel 42 in Aussicht gestellte Collegialität erster Instanz in's Leben zu führen, abgelehnt worden ist. Denn für das Verfahren hatte man nichts weiteres zu bieten, als eben den Titel 42, dessen Prozedur sich aber durch die Erfahrung, welche die Hofgerichte als privilegirte Gerichte erster Instanz gemacht hatten, als so unpractisch gezeigt hatte, daß sie wohl schon damals vollständig gerichtet war. Es war daher zweckmäßiger, daß vorerst auf die Ausbildung des bestehenden Verfahrens Bedacht genommen wurde, bis für den Uebergang zur Collegialität eine bessere Bahn gebrochen sein würde.

Dieses ist nun, wie mir scheint, in neuester Zeit durch eine Prozeß-Ordnung geschehen, die man als eine in ihrer Durchführung ebenso ausgezeichnete, wie nach dem Orte ihrer Entstehung überraschende Erscheinung begrüßen darf. Ich meine die neue Civilprozeß-Ordnung nebst Gerichtsverfassung von Hannover, welche im Jahr 1850 mit den Ständen vereinbart und am 1. Oktober 1852 in's Leben eingeführt wurde. Sie ist der erste umfassende Versuch, die Grundzüge des französischen Civilprozesses mit den Verbesserungen, welche das Prozeßgesetz des Kantons Genf vom Jahr 1820 vorbereitet hat und mit Rücksicht auf das gemeine deutsche Prozeßrecht auf deutschen Boden zu verpflanzen. Nur die äußersten Grundzüge jenes Prozesses sind es, welche zur Grundlage genommen wurden; denn auf diesen hat die hannöver'sche Gesetzgebung ein sonst ganz selbstständiges und einfaches Werk errichtet, wie es den Anforderungen der Zeit und dem Bedürfnisse eines deutschen Staates entspricht. Daß dieß keine kleine Aufgabe war, leuchtet jedem ein, der auch nur oberflächlich die vielen Mängel, Förm-

lichkeiten und Sonderbarkeiten kennt, mit welchen der französische Prozeß wie der Kern mit der Schale umhüllt ist, und welche Ansicht man auch über den letzten haben mag, so muß man es immerhin als kein geringes Verdienst der hannöver. Gesetzgebung anerkennen, daß durch sie die Frage der Collegialität ihrer Lösung näher gebracht und der deutsche Prozeß in ein neues Stadium seiner Entwicklung eingeführt wird. In Hannover selbst ist ihr denn auch die Anerkennung fast auf dem Fuße gefolgt, indem ihre anfänglichen Gegner und Zweifler bald eifrige Anhänger geworden sind, und einer dieser Bekehrten, der frühere Abgeordnete Obergerichtsanwalt *Oppermann* in einer Mittheilung im Archiv für civilistische Praxis B. 37 S. 442 ff. und B. 38, S. 14 ff., worin er die *seitherigen Erfahrungen* über das neue Verfahren niederlegt, die Stimmung des Landes in der Versicherung zusammenfaßt, daß selten oder nie eine Gesetzgebung sich in so kurzer Zeit die Achtung und Zustimmung ihrer Feinde zu erringen verstanden habe, wie sie. [1])

Es dürfte daher von allgemeinerem Interesse sein, das neue Verfahren, welches in nicht mehr als 558 §. vollständig normirt ist, im Umrisse kennen zu lernen.

Ehe ich auf diese Darstellung übergehe, führe ich aus der Gerichtsverfassung in Kürze die Behörden an, denen die Rechtspflege übertragen ist. Es sind dieß

I. *Amtsgerichte*, denen ähnlich den Friedensrichtern die Entscheidung kleinerer Streitigkeiten bis zum Werth von 100 Thalern sowie ohne Rücksicht auf den Werth alle Prozesse über Wegegerechtigkeiten, Grenzberechtigungen, Ansprüche aus unehelichem Beischlaf, Streitigkeiten zwischen Dienstboten und Dienstherrn, die aus dem Dienstverhältniß entspringen u. s. w., desgleichen die Erlassung bedingter Zahlungsbefehle ohne Rücksicht auf den Betrag und gewisse Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren übertragen sind — Alles mit einem sehr vereinfachten mündlichen Verfahren.

II. *Obergerichte*, welche über alle übrigen Streitigkeiten entscheiden und zwar

1) in *kleineren Senaten* von drei Mitgliedern bis zum Werth von 300 Thalern sowie über die Berufungen gegen amtsgerichtliche Urtheile, und

2) in *größeren Senaten* von fünf Mitgliedern über Streitigkeiten vom Werth über 300 Thaler, ferner über Berufungeu gegen die Urtheile der kleineren Senate, und über Nichtigkeitsbeschwerden gegen amtsgerichtliche Entscheidungen. Endlich

III. Das *Oberappellationsgericht*, an welches mit fünf Mitgliedern die Berufungen gegen die von den großen Senaten der Obergerichte als erster Instanz erlassenen Urtheile gehen, welches aber zugleich durch Vereinigung von sieben unbetheiligten Mitgliedern einen *Cassationssenat* bildet für Nichtigkeitsbeschwerden gegen die Entscheidungen der Obergerichte, sowie durch Vereinigung von neun unbetheiligten Mitgliedern für Nichtigkeitsbeschwerden gegen die eigenen vom Oberappellationsgericht als zweiter Instanz gegebenen Entscheidungen. Ueber die Zusammensetzung der Senate und den Wechsel der Mitglieder ist die Gerichtsverfassung vom 8. November 1850 §. 39 — 51 selbst nachzulesen. Hieraus ersieht man, daß *zwei* Rechtszüge mit einer Cassationsinstanz bei kollegialer Einrichtung für genügend erachtet wurden.

Bei jedem Obergericht und beim Oberappellationsgericht besteht ein *Staatsanwalt* zur Vertretung des Gesetzes und öffentlichen Interesses in festbestimmten Fällen, sowie zur Mitüberwachung des Dienstes Pr.O. §. 81 — 85, Gerichtsverf. §. 52, ferner eine *Anwaltskammer* zur Handhabung der Disciplin und des guten Benehmens unter den Anwälten, Begutachtung der Verdienstansätze u. s. w., worüber ein besonderes Gesetz vom 8. November 1850 erlassen ist. Endlich sind jedem Gericht s. g. *Gerichtsvoigte* als Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte beigegeben, denen diese Verrichtungen in weit selbstständigerer Weise als gewöhnlich, wiewohl nicht so unabhängig wie in Frankreich, übertragen sind, so daß die Gerichte sich mit der Verfügung und Leitung der Vollstreckungen, gewisse Streitpunkte und Einsprachen abgerechnet, nicht zu befassen haben.

Anlangend die Strafrechtspflege, so werden polizeiliche Strafsachen von den Amtsgerichten, gerichtliche von den Obergerichten und in schwereren Fällen von Schwurgerichten erledigt, worüber in der Gerichtsverfassung und Strafprozeßordnung das Nähere nachgesehen werden kann. —

Bei dieser Gerichtsverfassung, in welcher sich eine

---

[1]) Eine Ausnahme macht nur *eine* Stimme, nemlich *v. Bothmer* in seinen Fragmenten zur bürgerlichen Pr.O. durch verschiedene Ausstellungen, die jedoch mehr politische Zwecke zu verfolgen scheinen und deren Unhaltbarkeit *Oppermann* ausführlich durch die nunmehrigen prakt. Erfolge der Pr.O. nachweist. Uebrigens hat sich der jetzige Justizminister *Busch*, der als Obergerichtsdirector das Verfahren praktisch kennen gelernt hat, gleich allen übrigen Direktoren und Gerichtsmitgliedern entschieden auf die Seite der Pr.O. gestellt.

weise für kleinere Staaten nothwendige Oekonomie nicht verkennen läßt, geht die Gesetzgebung von der Ansicht aus, daß eine kolligiale Einrichtung mit Anwälten den Anfoderungen an eine gute Rechtspflege am meisten aber auch nur alsdann entspricht, wenn damit ein Verfahren verbunden wird, welches die Gerichte auf den reinen Standpunkt der Rechtsprechung stellt, die richterliche Prozeßleitung durch Ausscheidung alles dessen, was die Parteien selbst vornehmen können, und durch Umgebung eines künstlichen Contumazialsystems vereinfacht und das entscheidende Verfahren in einer mündlichen Hauptverhandlung zusammenfaßt. Daß nemlich durch ein schriftliches Verfahren mit oder ohne mündliche Schlußverhandlung, welches sich Schritt vor Schritt unter richterlichen Weisungen, Präjudizien, Versäumungserkenntnissen und Wiederherstellungen fortbewegt, ein gedeihlicher Prozeßgang so wenig zu erzielen ist, als mittelst Prozeßleitung durch Richtercommissäre oder Referenten, schien dem Gesetzgeber unzweifelhaft, da auch die letztere Einrichtung die Thätigkeit der Gerichte gleich von Anfang ohne Noth in Anspruch nimmt, leicht zur Zerwürfniß oder Connivenz mit den prozeßleitenden Mitgliedern führt und die Arbeitskräfte ohne die Möglichkeit einer gerechten Geschäftsausgleichung zersplittert. [2])

Die hannöver'sche Prozeßordnung geht daher mit der französischen von dem Grundsatz aus, daß die schriftliche Vorbereitung des Streits den Parteien (Anwälten) als Ausfluß ihrer Verfügungsgewalt anheimzugeben, jedoch dieser Vorverhandlung nur ein vorbereitender Charakter beizulegen, und die darauf folgende mündliche Verhandlung als die letzte Grundlage der Entscheidung anzunehmen sei, weil nur dadurch die Streitlage am schärfsten und schnellsten festgestellt und Leben und Interesse in die mündliche Verhandlung gebracht werden könne.

[2]) Dieses System liegt der braunschweigischen Pr.O. v. 19. März 1850 zu Grund, welche eine Vereinfachung dadurch zu erreichen sucht, daß sie den Anwälten den Schriftwechsel jedoch unter steter Aufsicht des Referenten, dem jeder Schriftsatz abschriftlich mitzutheilen ist, und der die Vorverhandlung schließen kann, gestattet, die Fristen und Rechtsnachtheile durch das Gesetz bestimmen läßt, und in der Beweisinstanz nur solche Beweismittel zuläßt, welche bereits in der Vorverhandlung bezeichnet sind. Ob dieses künstliche Verfahren, das den Gerichten keine wesentliche Erleichterung verschafft, und die Parteien formell und materiell beengt, sich bewährt, ist mir nicht bekannt, aber wohl zu bezweifeln.

Sie überläßt aber die schriftliche Vorverhandlung nicht dem Belieben der Anwälte, was bekanntlich in Frankreich zu vielen Verschleppungen Anlaß gibt, sondern sie schreibt vor, daß die Klage zuerst bei Gericht übergeben, dort alsbald der Gerichtstag zur mündlichen Verhandlung festgesetzt, und die Zwischenzeit nach Bedürfniß berechnet und gesetzlich oder richterlich vertheilt, zum Schriftenwechsel verwendet wird. Sie sorgt ferner besser als der französische Prozeß dafür, daß in der mündlichen Verhandlung Abweichungen vom schriftlichen Vorbringen oder Nachträge nicht häufig vorkommen, alsdann aber in einfacher Weise oder im Nothfall durch ausgedehntere Schriftenwechsel urkundlich festgestellt werden.

Sie räumt daher dem Vorsitzenden eine kräftigere Einwirkung auf den allgemeinen Gang des Prozesses durch Festsetzung bestimmter Tagfahrten, welche das französische Rollenwesen beseitigt, Trennung der Verhandlung, Fristerstreckung ꝛc. ein, als in Frankreich, ohne aber zu dem Mittel richterlicher Präjudizien zu greifen, indem letztere durch das Gesetz selbst bestimmt werden. Die s. g. sumarischen Prozeßarten und den Gantprozeß regulirt sie mehr nach den Grundsätzen des deutschen Prozeßrechts und schließt die richterliche Thätigkeit mit der Rechtsprechung, soweit nicht die Vollstreckung, die selbstständigen Beamten übertragen ist, wieder zur eigentlichen Rechtsprechung führt.

Das ordentliche Prozeßverfahren theilt sich hiernach in folgende drei Arten, regelmäßiges Verfahren, ausgedehntes Vorverfahren, und für ganz außerordentliche Fälle, schriftliches Verfahren unter Leitung eines beauftragten Richters mit mündlicher Schlußverhandlung. Was nun

I. das regelmäßige Verfahren

betrifft, so nimmt dieses folgenden Verlauf:

1) Der Kläger reicht seine Klage, so kurz und genau gefaßt als thunlich und daher als Klaganträge bezeichnet, bei der Gerichtsschreiberei ein, welche solche dem Vorsitzenden übergibt, der sofort die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung (den Gerichtstag) darauf bemerkt, so daß sie binnen 24 Stunden wieder abgeholt werden kann. §. 143. Diese Tagfahrtsverfügung setzt der Kläger der Doppelschrift der Klage in Abschrift bei und stellt diese dem Beklagten durch den Gerichtsboten (Gerichtsvoigt) oder falls ein Gegenanwalt aufgestellt ist, vom Anwalt zu Anwalt gegen Bescheinigung zu §. 118, 143, worauf

der Beklagte längstens eine Woche vor dem Gerichtstag seine Vernehmlassung (Gegenanträge) dem Anwalt des Klägers behändigt. §. 191. Mit den Klag- und Gegenanträgen werden zugleich die in Handen der Parteien befindlichen Urkunden, welche die Bevollmächtigung und die thatsächliche Begründung der Anträge betreffen, in Abschrift zugestellt. §. 188. 191. Alsdann werden die gewechselten Schriften und Urkunden baldmöglichst, längstens aber drei Tage vor dem Gerichtstag bei der Gerichtsschreiberei zur Uebergabe an den Vorsitzenden und Referenten niedergelegt, §. 94. 192; auch in Fällen, welche die Mitwirkung des Staatsanwalts betreffen, diesem zur Einsicht mitgetheilt (ohne daß aber die Unterlassung eine Beschwerde für die Parteien begründet, §. 82. 83), worauf am Gerichtstag die mündliche Verhandlung stattfindet, falls nicht das Gericht aus besondern Gründen eine Verlegung beschließt. §. 94. 192. Auf diese Verhandlung, welche auch in thatsächlicher Hinsicht die letzte Grundlage der Entscheidung bildet, erfolgt das Endurtheil oder Beweiserkenntniß, wenn nicht etwa ein weiterer Schriftenwechsel oder die Ausübung des Fragerechts nöthig wird.

2) Der Gerichtstag wird, dringende Fälle abgerechnet, so weit hinaus bestimmt, daß dem Beklagten vom Empfang der Klaganträge an bis zum Gerichtstag mindestens drei Wochen übrig bleiben, um (binnen der zwei erstern) seine Gegenanträge zu fertigen und solche (eine Woche vor dem Gerichtstag) dem Kläger zuzustellen. Der Kläger ist daher genöthigt, die Klaganträge dem Beklagten so zeitig zu behändigen, daß jedenfalls diese Zwischenzeit übrig bleibt, widrigenfalls er die mündliche Verhandlung, beziehungsweise Beantwortung nicht verlangen, vielmehr in die Kosten des verzögerten Prozesses verurtheilt werden kann. §. 189. 369. Damit aber im einzelnen Fall wo nöthig die Frist zum Schriftenwechsel erweitert wird, kann der Kläger gleich bei Ueberreichung der Klaganträge bei Gericht in einem Nachtrag besondere Wünsche geltend machen, auch wird der Vorsitzende schon durch die Beschaffenheit der Anträge in den Stand gesetzt, die längere Frist im Voraus zu bemessen, §. 143; außerdem kann jeder Theil, wenn er Gründe dafür hat, um Fristerstreckung, d. h. um Verlegung des Gerichtstags nachsuchen, so daß entweder der Beklagte mehr Zeit gewinnt, um seine Gegenanträge dem Kläger rechtzeitig zuzustellen, oder der Kläger, um sich auf die ihm zugestellten Gegenanträge des Beklagten vorzubereiten, oder auch weitere Schriften zu wechseln. §. 152. Sogar eine vertragsmäßige Fristerstreckung ist gestattet, indem der Anwalt vor Ablauf der Frist den andern von seinem Begehren und dessen Gründen schriftlich benachrichtigt und wenn dieser einverstanden ist, es der Anzeige oder des Erscheinens vor Gericht nicht bedarf. Wo nicht, so entscheidet das Gericht nach gegenseitigem Gehör. §. 154. Diese etwas weit ausgedehnte Verfügungsgewalt der Parteien über den Streit hat, nach Oppermann's Versicherung keine störenden Folgen gezeigt, trägt vielmehr zur Vervollständigung der Vorverhandlungen bei, indem der Gegner auf die Fristerstreckung nur dann eingeht, wenn damit der Antrag auf sofortige Festsetzung eines neuen Gerichtstags verbunden wird. Damit aber mit dieser Fristerstreckung der Anwälte kein Mißbrauch getrieben wird, kann sowohl der Staatsanwalt als der Vorsitzende die Parteien davon in Kenntniß setzen, und selbst die Einleitung eines Disciplinarverfahrens gegen die Anwälte beantragen. §. 152.

3) Damit jeder Theil vor dem Gerichtstage von den Originalien der gewechselten Urkunden Einsicht erhält, wodurch bisweilen die Beweisverhandlung umgangen oder vereinfacht wird, dürfen solche von Anwalt zu Anwalt gegen Schein mitgetheilt werden, §. 138; wo nicht, so kann der Anwalt den Gegner schon vor dem Gerichtstag durch einfache schriftliche Mittheilung zu deren Niederlegung bei der Gerichtsschreiberei binnen 3 Tagen auffordern, und wenn sie nicht erfolgt, dessen Verurtheilung zur Niederlegung und zum Kostenersatz verlangen. Er kann ferner in der mündlichen Verhandlung die Erklärung auf die Urkunde verweigern, und nunmehr die Verfällung des Gegners in die Kosten des ganzen verzögerten Prozesses fodern. §. 134—136. 200.

4) Mit diesem einmaligen Schriften- und Urkundenwechsel schließt sich in der Regel die Vorverhandlung, indem die Pr.O. von der Erfahrung ausgeht, die sich auch nach Oppermann's Zeugniß bewährt hat, daß in den bei weitem meisten Fällen eigentliche Repliken oder Dupliken nicht vorkommen, so daß der Kläger in der mündlichen Verhandlung blos eine thatsächliche Beantwortung der Einreden (widersprechen oder zugestehen) abzugeben hat, welche leicht durch Protokollirung oder wenn nicht einfacher Natur, durch Abgabe einer schriftlichen Beantwortung noch vor oder in der Sitzung erfolgen kann. Ist aber die Beantwortung umständlicher, oder sind Repliken, Dupliken vorzubringen, so lassen es

die Parteien nicht bis zur mündlichen Verhandlung anstehen, sondern erwirken vorher Fristerstreckung oder die Gestattung eines ausgedehnteren Schriftenwechsels (wovon unter II.) widrigenfalls dem Säumigen die Kosten des verzögerten Prozesses zur Last fallen.

5) Stellt der Beklagte seine schriftlichen Gegenanträge dem Kläger nicht oder nicht innerhalb der Frist zu, so ergeht kein Ungehorsamserkenntniß, wie denn auch keine Androhung vorausgeht, sondern der Beklagte kann solche später und selbst in der mündlichen Verhandlung nachholen, indem er sie schriftlich übergibt oder die Protokollirung beantragt. §. 204. Will und kann der Kläger sich darauf einlassen, so kann die mündliche Verhandlung vor sich gehen, er ist aber dazu nicht verpflichtet, sondern kann verlangen, daß der Beklagte in die Kosten des verzögerten Prozesses verurtheilt und sogleich ein neuer Gerichtstag festgesetzt wird, welches letztere der Vorsitzende auch von Amtswegen thun kann, wenn er es mit Rücksicht auf das Gericht oder zur bessern Vorbereitung der Sache für nöthig hält. §. 205. Dasselbe gilt, wenn vom Kläger Repliken, vom Beklagten Dupliken in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, was bei Zulassung von Einreden ebenfalls gestattet werden mußte.

Nur dieses Präjudiz der Kostentragung mit Anberaumung einer neuen Tagfahrt hielt die Pr.O. ihrem Prinzip der Mündlichkeit entsprechend und zugleich der Sache förderlicher als das bisherige Contumazialsystem. Denn mit dem Ausschluß des Schriftsatzes wäre nichts gewonnen gewesen, wenn mündliches Nachbringen stattfinden sollte und der Ausschluß mit dem letztern hätte die Zulassung eines Wiederherstellungsverfahrens nothwendig gemacht, was noch zu größerer Verschleppung geführt und die Thätigkeit des Gerichts schon im Vorverfahren in Anspruch genommen haben würde. Es hat denn auch die Erfahrung gezeigt, daß jenes Präjudiz vollkommen ausreicht, theils weil das Nachbringen praktisch sich nicht so schwierig zeigt, als es den Anschein hat, theils und vorzüglich weil die Natur der Sache und die Taxordnung dafür sorgen, daß es selten vorkommt. Da der Hauptvorzug des neuen Verfahrens und der Hauptanstand, der anfänglich gegen dasselbe erhoben wurde, gerade in diesem Punkt beruht, so muß darüber vor der Darstellung des weitern Verlaufs Folgendes bemerkt werden:

6) Kommt der Anwalt in den Fall, eine Erklärung in der Sitzung nachzutragen, so schlägt er zur Vermeidung des zeitraubenden Protokollirens und um mit der Fassung sicherer zu gehen, den Weg ein, daß er noch vor der Sitzung die Anträge doppelt niederschreiben läßt, und den Gegner fragt, ob er darauf antworten könne und wolle. Meistens ist dieser schon seines eigenen — sogleich zu erwähnenden Vortheils wegen dazu bereit und auch im Stande, weil gewöhnlich die Information viel genauer und umfassender ausfällt, als bei jedem andern Verfahren, so daß, wie Oppermann bemerkt, der Gegner von den nachzubringenden Einreden, Repliken rc. oft schon besser unterrichtet ist, als der Andere. Alsdann kann die Verhandlung vor sich gehen, da auf Seite des Gerichts selten ein Anstand obwaltet, indem die Gerichte durch die Natur des Verfahrens sich an schnelle und lebendige Auffassung gewöhnen, und sobald das Thatsächliche durch den überreichten Nachtrag feststeht, die Urtheilsverkündigung aussetzen können. Kann aber der Gegner nicht antworten oder hat er Repliken oder Dupliken entgegenzusetzen, so wird auf Kosten des Säumigen weiterer Schriftwechsel stets mit Festsetzung des neuen Gerichtstags gestattet, wofür alsdann die nachgebrachte Erklärung die Grundlage bildet. Die Hauptsache ist aber, daß die Natur der Sache und die Taxordnung Gegenmittel darbieten, wodurch das Nachbringen vermieden wird und in der That auch zur Seltenheit geworden ist. Vorerst ist nicht außer Acht zu lassen, daß schon die Vorausbestimmung der Tagfahrt außerordentlich, wenn auch nur moralisch auf die Beschleunigung und Erschöpfung der schriftlichen Vorverhandlung wirkt, weil keine Partei, die von ihrem guten Recht überzeugt ist, den Schein absichtlicher Verzögerung auf sich laden und den Gerichtsgang stören will. Dann aber führt die Versäumung sehr erhebliche Nachtheile für Partei und Anwalt mit sich. Denn die Partei, welche solche verschuldet, wird von den nicht unbedeutenden Kosten des verzögerten Prozesses getroffen, welche sogleich beigetrieben werden können, kann außerdem bei muthwilliger oder arglistiger Verzögerung mit Verweis, Geldbuße und selbst Gefängniß bestraft werden, §. 43; und läuft Gefahr, keinen ehrliebenden Anwalt zur fernern Vertretung zu finden. Der Anwalt aber (und auf diesen kommt fast Alles an) setzt sich durch störende Nachträge dem Unmuth seiner Collegen, die durch die Anwaltkammer Disciplinargewalt gegen ihn üben, sowie der öffentlichen Rüge des Vorsitzenden aus und zieht so sehr den Schein der Unfähigkeit, Nachlässigkeit oder der Schikane auf sich, daß seine Praxis darüber zu Grunde

gehen müßte, da gerade bei einem so raschen durch die Anwälte vorbereiteten Verfahren die Ursache der Verzögerung und der vermehrten Kosten bei ihnen gesucht wird. Außerdem aber vermehrt er seine Mühe und verringert seinen Verdienst, da er sich um so öfter zur mündlichen Verhandlung vorbereiten muß, je öfter er solche herbeiführt, ohne eine Gebühr oder eine volle dafür ansprechen zu dürfen, während anderseits die Taxordnung nicht nur die Schriftsätze gut honorirt, sondern auch für Fälle welche in einer Sitzung bis zum Endurtheil oder Beweiserkenntniß reif werden, die doppelte oder anderthalbe Verhandlungsgebühr bewilligt, die durch Verzögerung für ihn verloren geht. Endlich greifen die Vorsitzenden sobald sie Nachlässigkeit oder Schikane wahrnehmen, zu dem Mittel, daß sie den neuen Gerichtstag um so kürzer festsetzen und dadurch die säumige Partei in die Gefahr bringen, um so mehr Kosten tragen, und den Anwalt, sich um so öfter vorbereiten zu müssen. Diese Mittel wirken kräftiger als alle Präjudizien und Strafen und müßten, wenn je der Fall vorkäme, bald den zähesten Prozesser mürbe machen, während anderseits ein Nachtheil daraus nicht entstehen kann, weil selbst eine wiederholte Tagfahrtsverlegung mit weniger Aufwand von Zeit und Mühe verknüpft wäre, als ein Contumazialverfahren, und der jeweilige Ausfall aus der Tagesordnung bei Gerichten erster Instanz, denen es an Arbeit nicht fehlt, weniger störend wirkt, als es bei den höheren der Fall wäre. Es hat denn auch die seitherige Erfahrung bewiesen, daß Parteien und Anwälte ernstlich bemüht sind, durch umfassende Instruction alles Nachbringen zu vermeiden, wodurch die Voraussicht des Gesetzgebers, daß Präjudizien und das damit zusammenhängende Wiederherstellungsverfahren ganz entbehrlich sind, ihre vollkommene Rechtfertigung gefunden hat. *)

7) Bei der in dieser Weise vorbereiteten mündlichen Verhandlung bleiben die im Schriftenwechsel vorgetragenen oder im früheren Gerichtstag nachgebrachten Thatsachen und Anträge in so weit masgebend, als sie in dieser Verhandlung nicht abgeändert oder modifizirt werden und verlieren von nun an ihren vorbereitenden Character. §. 92. 101. Abweichungen vom schriftlichen Vorbringen mußten aber gestattet werden. Denn das Princip der Mündlichkeit bringt es mit sich, daß das strenge Verbot der Klagänderung so wenig Platz greifen kann, wie das Abschneiden von Einreden auf die Abweichungen, da gerade die mündliche Verhandlung dazu dienen soll, die Streitpunkte schärfer festzustellen und danach die Anträge näher zu formuliren. Daher gestattet der §. 203 nicht nur dem Kläger, sein Vorbringen unter Beibehaltung der thatsächlichen Grundlage des Anspruchs zu erläutern und näher und richtiger zu bestimmen, deßgleichen den Betrag des Haupt- und Nebenanspruchs zu erhöhen und zu vermindern, ferner anstatt der geforderten Sachen wegen Veräußerung oder Untergangs die Leistung der Entschädigung zu fordern ꝛc., sondern er schreibt auch vor, daß selbst weiter gehende Klagänderungen nicht von Amtswegen zu beachten, sondern es dem Beklagten anheimzugeben sei, im Weg einer jedoch sogleich zu erhebenden verzögerlichen Einrede die Abweichung zu rügen und die Zurückweisung der Klaganträge in angebrachter Maße und die Fortführung der Verhandlung auf Grund der ursprünglichen Klaganträge zu fordern. Dadurch wird verhütet, daß nicht aus einem Prozesse zwei gemacht werden, wenn es der Beklagte vorzieht, durch Einlassung auf die Klagänderung über den ganzen Streit hinwegzukommen. Dasselbe gilt von Einreden, Repliken ꝛc. Indessen kommen wesentliche Abweichungen vom schriftlichen Vorverfahren aus denselben Gründen, welche eben unter 6) erwähnt wurden, nur selten vor, vielmehr hat die seitherige Erfahrung ergeben, daß die Anwälte schon ihres eigenen Vortheils wegen dahin streben, solche durch genaue Information zu vermeiden, ja daß sie sogar voraussichtliche Einreden, Repliken ꝛc. des Gegners anticipiren, um den Streit vollständig vorzubereiten. Kommen aber Abweichungen dennoch vor, so macht sich ihre Beurkundung practisch eben so leicht, wie schon oben hinsichtlich der schriftlichen Nachträge bemerkt ist, indem der klägerische Anwalt, der sich aus dem Schriftenwechsel überzeugt, daß er zu Aenderungen greifen muß, solche vor der Sitzung doppelt niederschreiben läßt, den Geg-

*) Bemerkenswerth ist, daß der Obergerichts-Director Maier von Osnabrück, der wegen Umgehung des Contumazialsystems am entschiedensten gegen den Entwurf der Pr.O. aufgetreten war, nach Einführung derselben bald alle ferne Bedenken fallen ließ und sich verpflichtet hielt, nachträglich seine volle Zustimmung in einem beim Justizministerium eingereichten Promemoria darzulegen. Uebrigens hat die Pr.O. sogar für das mündliche Verfahren vor den Amtsgerichten das Contumazialsystem beseitigt und es hat sich auch hier als ganz entbehrlich gezeigt.

Archiv für civil. Praxis Bd. 37. S. 418 und Bd. 38. S. 51.

ner fragt, ob er sich darauf erklären wolle, und wenn dieser, was wo immer möglich nicht geschehen wird, die Einlassung versagt, unter Ueberreichung der Abweichungen um Zulassung weiteren schriftlichen Vorbringens bittet, worauf auf Kosten des Klägers ein weiterer Gerichtstag bestimmt wird, bis zu welchem über die nun festgestellten Abweichungen der weitere Schriftenwechsel stattfindet. Auf gleiche Weise verfährt der Beklagte, wenn er in thatsächlicher Beziehung von seinen Gegenanträgen wesentlich abweicht und schlagen die Anwälte diesen einfachen Weg nicht ein, so haben sie zu gewärtigen, daß entweder die Abweichungen nicht beachtet werden, oder daß der Vorsitzende die abweichend von den schriftlichen Vorträgen sich bewegende Verhandlung unterbricht, und nachträglichen Schriftenwechsel unter Festsetzung des neuen Gerichtstags mit möglichst kurzer Frist anordnet.

8) Die mündliche Verhandlung ist die Grundlage und der Schlußstein des Prozesses. Alle Thatsachen, welche, wenn auch im Vorverfahren widersprochen, in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten werden, gelten für zugestanden, Urkunden, deren Aechtheit nicht verneint wird, für anerkannt und es kann jeder Theil verlangen, daß die nachträglichen Zugeständnisse und Anerkenntnisse gleichwie Einwilligungen oder Anerbietungen im Sitzungsprotocoll beurkundet werden. §. 117. 201. Sind Erklärungen unbestimmt, so wird sogleich oder durch besondere Verfügung vom Fragrecht Gebrauch gemacht, und erfolgt keine bestimmtere Erklärung, so gilt die Thatsache als auf die dem Gegner vortheilhaftere Weise beantwortet — ebenfalls ohne Androhung und Versäumungserkenntniß. §. 111. 201. Was bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen, widersprochen oder geändert ist, gilt kraft Gesetzes als festgestellt oder versäumt, und es findet ein weiteres Vorbringen nur im Weg und aus Gründen der Wiederherstellung gegen ein rechtskräftiges Urtheil statt. §. 204.

9) Erscheint in der mündlichen Verhandlung der Kläger nicht, oder nicht gehörig vertreten, so wird ohne Rücksicht auf die schriftliche Vorverhandlung der Beklagte auf seinen Antrag von der Instanz entbunden, und der Kläger in die Kosten verurtheilt. Bleibt der Beklagte aus, so werden auf des Klägers Begehren die in den zugestellten Klaganträgen vorgebrachten Thatsachen *) für zugestanden angenommen und das gestellte Gesuch, soweit es hiernach als gegründet erscheint, zuerkannt. §. 368. 369. Nur wenn schon einmal verhandelt war, kommen die dort vorgetragenen und beurkundeten Nachträge, Einreden, Repliken 2c. in Betracht. §. 370. Sind von mehreren Beklagten nicht alle erschienen, so wird nicht verhandelt, sondern ein anderer Gerichtstag anberaumt, und bleibt wieder ein Theil aus, so erhält das ergehende Urtheil auch für diesen sowohl zum Vortheil als zum Nachtheil Wirkung. §. 372. Das auf Ausbleiben ergangene Ungehorsamsurtheil läßt der Erschienene der Gegenpartei (nicht blos deren Anwalt) behändigen und dieser steht eine Frist von 14 Tagen, die aber das Gericht bei Erlassung des Ungehorsamsurtheils auch erweitern kann, zum Einspruch (Wiederherstellung) zu §. 373. 158. 140, nach deren Umfluß ein Einspruch nur wegen höherer Gewalt stattfindet, wofür jedoch die Nachlässigkeit des Anwalts nicht gilt, weil das Wesen des mündlichen Verfahrens eine stete Unterscheidung zwischen Anwalt und Partei nicht gestattet und die Erfahrung in Frankreich ergeben hat, daß dadurch die Sorgfalt der Anwälte und Parteien nur gesteigert wird. Der Einspruch erfolgt abermals durch Behändigung an den Gegner und muß jedenfalls auch die etwa noch ausstehenden Gegenanträge in der Hauptsache enthalten, so daß kein Nachtrag für den Hauptprozeß mehr vorkommt, worauf auf Vorlage bei der Gerichtschreiberei ein weiterer Gerichtstag für Einspruch und Hauptsache anberaumt und darüber entschieden wird. §. 157 — 160. Gegen eine zweite Ungehorsamsverfügung findet kein Einspruch mehr statt. §. 167.

10) Die mündliche Verhandlung umfaßt ihrer entscheidenden Bestimmung gemäß eine vollständige Darstellung des Sachverhalts durch die beiderseitigen Anwälte, wobei sie die etwaigen Nachträge oder Abweichungen von den Schriftsätzen besonders hervorheben. Diese Verhandlung nimmt daher mehr als es beim schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung der Fall ist, die ganze Aufmerksamkeit des

*) Daß hier nicht das mündliche Vorbringen des Klägers entscheidet, ist zwar dem Princip der Mündlichkeit nicht entsprechend, wurde aber vorgezogen, um den Beklagten nicht den willkürlichen mündlichen Anträgen des Klägers preiszugeben, enthält übrigens einen weitern Sporn für diesen, die Klaganträge gleich anfänglich genau zu fassen.

Gerichts in Anspruch und stellt, wie die Erfahrung bestätigt hat, die durch den Schriftenwechsel vorbereiteten Streitpunkte aufs schärfste heraus. Um aber auch durch das Urtheil festzustellen, auf welche Thatsachen und Beweise die Entscheidung gestützt ist, muß demselben außer den Entscheidungsgründen eine gedrängte Darstellung des Thatbestands beigefügt werden, welche für den letztern vollen nur durch das Sitzungsprotokoll zu entkräftenden Beweis liefert. Diese Darstellung dient dazu, den Sinn und Umfang der res judicata außer Zweifel zu setzen. Den Parteien steht frei, binnen drei Tagen die Berichtigung von Unrichtigkeiten oder Auslassungen in Gemäßheit des Protocolls zu fordern, die jedoch auf die Entscheidung selbst ohne Einfluß ist. §. 346. Dies sind die sog. Qualitäten des französ. Prozesses, welche aber nicht wie dort von den Anwälten, sondern vom Gericht, beziehungsweise Referenten gefaßt werden.

II. Ausgedehnteres Vorverfahren.

Sowohl im Verlauf des Verfahrens als auch gleich von Anfang an kann es sich zeigen, daß ein ausgedehnterer Schriftenwechsel nöthig wird, wenn nämlich eine Sache thatsächlich besondere Schwierigkeiten oder Verwickelungen darbietet. Können die Parteien, wie häufig und fast regelmäßig geschieht, die Sache nicht durch schnellern Austausch oder durch Fristerstreckung im gewöhnlichen Verfahren vorbereiten, so kann das Gericht auf deren Antrag oder auf den des Beklagten weiteren Schriftenwechsel gestatten, der sich von der Fristerstreckung dadurch unterscheidet, daß bei dieser nur der Gerichtstag verlegt und der Schriftenwechsel durch die gesetzlich bestimmte Zeiteintheilung begrenzt wird, während beim ausgedehnteren Vorverfahren das Gericht besondere Fristen für jede Schrift festsetzt. Dieses größere Vorverfahren findet nur statt, wenn das Gericht es bewilligt und dem Belieben der Anwälte ist auch hier dadurch vorgebeugt, daß neben der Fristbestimmung für jede Schrift, welche unerstrecklich ist, wieder zugleich der Gerichtstag zur mündlichen Verhandlung festgesetzt wird. §. 198. 207 flgde. Erfolgt jedoch die Behändigung einer Schrift nicht innerhalb der Frist, so ergeht auch hier kein Versäumungserkenntniß, sondern die gesetzliche Folge besteht wie im regelmäßigen Verfahren nur darin, daß der Gegner die Erklärung auf den verspäteten Schriftsatz in der Sitzung verweigern und die Verurtheilung des Säumigen in die Kosten des verzögerten Prozesses mit Anberaumung eines neuen Gerichtstags fordern kann; jedoch kann er, sobald die Frist umlaufen ist, unter Vorlage seiner Anträge auch schon vor dem Gerichtstag die mündliche Verhandlung verlangen, so daß der Gegner von den Folgen der Versäumniß sogleich getroffen wird. §. 213. Bringt indessen der Gegner in dieser Verhandlung die ausstehende Erklärung nach, so kann der andere Theil sich darauf einlassen, wenn nicht das Gericht eine Tagfahrtsverlegung angemessen findet, die dann sogleich beschlossen wird. Daß aber Anwälte sich auch bei diesem auf ihren eigenen Antrag gestatteten Ausnahmsverfahren Versäumnisse auf Kosten ihrer Partei und mit Einbuße der höhern Tax zu schulden kommen ließen, oder daß die Parteien sich der Gefahr so großer Kosten aussetzen, wäre, wie alle Stimmen versichern, so unerhört, daß daran nicht gedacht werden kann, oder daß es jedenfalls nicht wiederholt vorkommt. Es hat sich daher auch hier in keiner Weise ein Bedürfniß gezeigt, durch Präjudizien oder Strafen nachzuhelfen. Uebrigens dient dieser ausgedehntere Schriftenwechsel zugleich dazu, daß von nun an Klagänderungen oder sonstige Abweichungen in der mündlichen Verhandlung kaum mehr vorkommen können, während der große Vortheil vor dem gewöhnlichen schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung darin besteht, daß Fristen und Gerichtstag ein für allemal im Voraus festgesetzt sind und das Gericht mit der Leitung des Schriftenwechsels nichts zu thun hat. — Endlich ist auch

III. Schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung

unter Leitung eines beauftragten Richters für solche außerordentliche Fälle gestattet, welche wegen großer Ausdehnung oder Verwickelung der thatsächlichen Verhältnisse oder des Beweises sich nicht wohl zur mündlichen Verhandlung eignen, z. B. Rechnungsprozesse, Liquidationen, Beweis- und Gegenbeweisantretungen und Erhebungen.

(Schluß folgt).

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 21.** Mannheim, 19. Mai 1855.

I.

Die neue Civilprozeßordnung für das Königreich Hannover.

(Schluß).

Dieses Verfahren wird durch einen besondern Beschluß des Gerichts und jeweils nur für einen besondern Prozeßabschnitt, für den es nöthig erscheint, bewilligt und wird neben Ernennung des Richters zugleich die Frist zur ersten Prozeßhandlung (Vernehmlassung, Beweisantretung) darin festgesetzt. Die Instruction geht entweder zu Protokoll oder durch Schriftenwechsel vor sich, bis die Sache zum Beweiserkenntniß oder Endurtheil reif ist, worauf der Richter die Parteien behufs mündlicher Schlußverhandlung in eine bestimmte Sitzung des Prozeßgerichts verweist, worüber er sich mit dem Vorsitzenden benimmt. Geschieht die Instruction durch Schriftenwechsel, so wird jede Schrift in doppelter Ausfertigung bei der Gerichtschreiberei übergeben, der beauftragte Richter setzt die prozeßleitende Verfügung mit Frist, aber ohne Präjudiz bei, und der Anwalt stellt die eine Ausfertigung dem Gegner zu, während die andere in Handen des leitenden Richters bleibt. Die Frist kann vom Richter nur einmal ohne Gehör der Gegenpartei erstreckt werden, auch kann die Erklärung nach Umlauf der Frist, so lange keine Ungehorsamsbeschuldigung eingekommen ist, nachgebracht werden. Erfolgt aber diese Beschuldigung, so hat der leitende Richter (nicht das Gericht) auszusprechen, daß der Säumige rücksichtlich der bestimmten Handlung als ungehorsam zu behandeln sei, und wenn hierdurch die Sache zur Entscheidung reif ist, die Parteien zugleich behufs mündlicher Schlußverhandlung in eine bestimmte Sitzung des Prozeßgerichts zu verweisen; ist sie nicht dazu reif, so beschränkt sich die Verfügung auf den Ausspruch des Ungehorsams. In beiden Fällen kann Einspruch wie oben Ziff. 7 bemerkt ist, das erstemal ohne Gründe, das zweitemal nur aus Gründen der Wiederherstellung gegen ein rechtskräftiges Urtheil stattfinden. Kommt aber die contumazirte Sache zur mündlichen Verhandlung und der Säumige erscheint nicht, so unterliegt das ergehende Urtheil keinem Einspruch mehr. Ist endlich die Sache vollkommen schriftlich vorbereitet, so ist neues thatsächliches Vorbringen als Einreden, Nachholen von Beweisen rc. nicht zulässig, sondern das Urtheil ergeht auf Grundlage der gewechselten Schriftsätze und der schriftlich festgestellten Ergebnisse der Beweisaufnahme, worüber der leitende Richter eine übersichtliche Darstellung in der Sitzung vorträgt. §. 460—477. Bei diesem Verfahren, zumal wenn es eine Beweisaufnahme zur Aufgabe hat, ist die Gewalt des leitenden Richters so ausgedehnt, daß in der Regel nur Verfügungen, welche der Appellation unterliegen würden, ausgeschlossen sind; er kann z. B. Zeugen vorladen, sie beeidigen, im Ausbleiben in die Kosten verfällen, ihnen Gebühren und Entschädigung zuerkennen, Amtsrichter mit einzelnen Handlungen beauftragen rc. Der Vorzug dieses schriftlichen Verfahrens vor dem gemeinrechtlichen besteht in der Zulassung des Schriftenwechsels unter den Parteien, in der größern Gewalt des leitenden Richters und im Ausfall von richterlichen Präjudizien, wodurch es, unbeschadet des sichern Gangs bei weitem mehr vereinfacht und beschleunigt wird, als bei jenem.

Durch diese bisher unter I.—III. dargestellten drei Abstufungen des Verfahrens sorgt die Pr.O. für entsprechende Erledigung aller Arten von Rechtsstreitigkeiten, welche nur immer vorkommen können.

Um übrigens die Anwendung in den weitern Prozeßabschnitten zu zeigen, füge ich noch Folgendes bei.

IV. Das Beweisverfahren.

Wie schon erwähnt, kommt es zu diesem Verfahren in manchen Fällen gar nicht, so oft nemlich die in der schriftlichen Vorverhandlung angerufenen und vorgelegten Urkunden die alleinigen erheblichen Beweismittel bilden, §. 221; auch dient die Zulassung von Nachträgen und Abweichungen in der mündlichen Verhandlung, wodurch Behauptungen berichtigt, ganz oder theilweise aufgegeben, zugestanden werden, wie überhaupt die im ganzen Verfahren liegende Anregung zur raschern Erledigung nicht selten dazu, ein Beweiserkenntniß überflüssig zu machen. Oppermann führt an, daß bisweilen von Parteien, die der Verhandlung anwohnen, bestrittene Thatsachen freiwillig zugestanden werden. Nebstdem gestattet die Pr.O. wie der französische Prozeß der Partei, zur Umgehung der förmlichen Beweisverhandlung oder der Erörterungen über die Beweispflicht, die Beweislast freiwillig auf sich zu nehmen und alsdann den Beweis zu anticipiren. §. 220. Kommt es aber zum Beweiserkenntniß, so bestimmt das Gericht zugleich die Frist zur Beweis- und Gegenbeweisantretung und zur mündlichen Verhandlung darüber, binnen welcher die Schriften in der Art zu wechseln sind, daß die erste Hälfte für die Beweise der Klage, Einrede ꝛc., die zweite Hälfte für Gegebeweise, und Erklärung über die gegnerische Antretung frei bleibt. Aber auch dieser Schriftenwechsel gilt nur als vorbereitend, wie im Vorverfahren, und können daher Erklärungen und Beweismittel in der mündlichen Verhandlung nachgebracht werden, welche erst zum Abschluß der Beweisantretung und zur Verhandlung über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der angetretenen Beweise bestimmt ist, §. 223; allein auch diese Nachholung hat zur Folge, daß der Gegner sich nicht darauf zu erklären braucht, sondern einen neuen Gerichtstag auf Kosten des Säumigen fordern kann. Daß aber jede Partei diese sehr bedeutende Kosten möglichst zu vermeiden sucht, versteht sich von selbst und hat auch die Erfahrung hinlänglich gezeigt.

Erfolgt aber auch in der mündlichen Verhandlung die schriftliche Antretung oder Erklärung nicht, so tritt als Folge der Versäumung kraft Gesetzes ein:

rücksichtlich der Beweisantretung der Ausschluß mit derselben und anderseits Verlust der Beweiseinreden und des Gegenbeweises, Verweigerung der Eidesannahme;

rücksichtlich der Beweisaufnahme, Ausschluß mit den Handlungen, welche die säumige Partei dabei vernehmen konnte, z. B. Fragen an die Zeugen;

rücksichtlich der Beweiseinreden — Zugeständniß derselben;

rücksichtlich der Beweisausführung — Verlust derselben. §. 239.

Gegen das diese Folgen aussprechende Ungehorsamserkenntniß findet Einspruch (Wiederherstellung) aber — ohne Nachweisung höherer Gewalt — nur einmal und nur mit gleichzeitiger Nachholung alles Versäumten statt, wie oben Ziff. 7 bemerkt ist.

Die Beweisaufnahme erfolgt in der Regel vor Gericht, in welchem Fall sich die Beweisausführung wo möglich sogleich anschließt, §. 223. 224. 234, oder vor einem beauftragten Richter, welcher wie oben III. verfährt und zwar mit so umfassender Befugniß, daß die Aufnahme in der Regel vollständig und ohne Zwischenfälle dem Gericht vorgelegt wird.

In der

V. Berufungsinstanz

findet das Nachbringen neuer Thatsachen und Beweise, sofern kein Ungehorsamserkenntniß in der Mitte liegt, statt, aber durch Schriftenwechsel unter den Anwälten. Die Unzulässigkeit der Berufung wegen Verspätung oder Mangel der Summe wird nicht von Amtswegen beachtet, sondern ist vom Gegentheil durch verzögerliche Einrede geltend zu machen, da man annimmt, daß der Appellant möglicherweise ein durch keine Abschätzung herzustellendes großes Interesse am Streit haben kann, dessen Verfolgung man ihm ohne Einspruch des Gegners nicht abschneiden will. §. 405. 416—419. Eine besondere Beachtung verdient das Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde (Cassation).

Vorerst werden die einzelnen Nichtigkeitsgründe in §. 431 genau aufgezählt und sind daher nicht controvers wie anderwärts. Die Beschwerden gehen nicht von jedem Gericht an den Cassationssenat, sondern gegen Verfügungen der Amtsgerichte an das vorgesetzte Obergericht und gegen Verfügungen der Obergerichte oder des Oberappellationsgerichts an den Cassationssenat. §. 433. Sie finden daher nur insoweit statt, als im Weg der gewöhnlichen Berufung nicht geholfen werden kann, also wenn entweder die Berufung wegen der Summe oder aus formellen Gründen nicht zulässig oder der Nichtigkeitsgrund noch nicht bekannt oder nicht entstanden ist.

§. 432. Die Frist zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde ist zwei Monate, welche je nach der Verschiedenheit der Fälle von der Entdeckung des Nichtigkeitsgrundes oder der Eröffnung des angefochtenen Erkenntnisses an läuft und zwar in einigen Fällen selbst gegen Minderjährige. §. 434. Nur in dem Fall, wenn ein Urtheil gegen einen Dritten, der an dem Streit nicht Theil genommen hat, ergangen, oder wenn dasselbe ganz unverständlich und dem Mangel nicht durch Erläuterung abgeholfen ist, ist die Beschwerde an keine Frist gebunden. Diese Beschwerde wird wie die Berufung verhandelt, jedoch ohne schriftliches Vorverfahren. Das Urtheil vernichtet die angefochtene Entscheidung und das Verfahren, gibt aber zugleich anderweite Entscheidung in der Hauptsache, wie nach bad. Prozeß, ausgenommen, wenn die Nichtigkeit das Verfahren betrifft, oder sonst noch besondere Verhandlung für die Hauptsache nöthig wird, in welchem Fall die Sache an das frühere oder an ein anderes Gericht gleichen Rangs zur Verhandlung und Entscheidung verwiesen wird, welches dann aber an die Rechtsansicht des Cassationssenats gebunden ist. §. 440. Die Partei, welche arglistig oder muthwillig Beschwerde erhebt, kann mit gerichtlichem Verweis, Geldbuße und Gefängniß bis zu 8 Tagen bestraft werden. §. 441 und 43. Außerdem aber steht dem Oberstaatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ohne Fristbeschränkung zu, sofern sie nicht schon von einer Partei erhoben wurde, ohne daß aber das Urtheil die Parteien berührt; die Erhebung geschieht durch einen schriftlichen Antrag mit näherer Begründung in einer öffentlichen Sitzung ohne Zuzug der Parteien. §. 443.

VI. Zwangsvollstreckung.

Nach der älteren hannöver'schen Pr.O. war die Erkennung und Leitung der Vollstreckung dem urtheilenden Gericht übertragen. Dieser Zustand konnte bei Einführung von Collegialgerichten nicht fortdauern, da diese sonst ihrem eigentlichen Beruf der Rechtsprechung vielfach entzogen worden wären. Dagegen fragte es sich, ob das Vollstreckungsverfahren den Amtsgerichten oder eigenen Vollstreckungsbeamten (Gerichtsvoigten) übertragen werden sollte, und die Gesetzgebung entschied sich nach dem Vorgang des franz. Prozesses für das letztere, unbeirrt durch die große Mängel des franz. Verfahrens und sich lediglich an den Grundsatz haltend. Sie ist auch hierin nicht fehlgegangen, indem trotz mancher Mißgriffe, welche die Gerichtsvoigte wegen Neuheit der Geschäfte machten, die Erfahrung dieser Einrichtung entschieden günstig ist. f. Archiv für civil. Praxis Bd. 38. S. 115. Die Gerichtsvoigte stehen nicht nur unter dem Staatsanwalt, der mit Geld- und andern Strafen bis zur Entlassung gegen sie einschreiten kann, sondern es können auch die Amtsgerichte bei gegründeten Beschwerden gegen einzelne Handlungen dieselben in die dadurch entstandenen Kosten verfällen. §. 579. 581. Die Hauptsache aber ist, daß, wie bei den Anwälten, die höhere Stellung nebst Einkommen, die ihnen das Gesetz verleiht, ihren innern Werth sichert, da nur gebildete, ehrenwerthe und vermögliche Männer dazu berufen werden können. Es findet daher ein Wechsel mit diesen Beamten wie anderwärts nicht statt, ihre höhere Ausbildung im Dienst, sowie die Nachbildung jüngerer ist ebenso, wie ihr Ansehen und ihre Unabhängigkeit vom Einfluß der Parteien gesichert und insbesondere auch das Insinuationswesen, das ohnehin bei der Prozeßvorbereitung der Parteien von besonderer Wichtigkeit ist, ungleich besser bestellt als bei anderer Einrichtung. Dazu war aber nöthig, daß die Pr.O. den Gang des Vollstreckungsverfahrens und die Grenzen ihrer Befugnisse so klar und einfach vorzeichnete, wie es im 5. Theil §. 528 ff. geschehen ist. Danach sind den Gerichtsvoigten alle Arten von Vollstreckung, insbesondere auch auf Liegenschaften, Einweisung in Ausstände, Beschlagnahme auf Besoldungen und Vollzug des persönlichen Verhafts, ferner der Sicherungsarreste, einstweiligen Verfügungen, Sequestrationen und Sicherheitsleistungen übertragen. §. 571. Es würde zu weit führen, hierüber ins Einzelne einzugehen. Sie beginnt auf außergerichtliche Mittheilung einer vollstreckbaren Urtheilsausfertigung an den Gerichtsvoigt, und nachdem dieser ein Zahlungs- (Vollziehungs-) Gebot an den Schuldner erlassen hat. Grundsatz ist, daß die richterliche Mitwirkung nur soweit eintritt, als solche bei einzelnen Arten der Vollstreckung ausdrücklich vorgeschrieben ist. §. 531. Nur die Einwendungen des Schuldners gegen die Vornahme der Vollstreckung selbst, wegen inzwischen eingetretener Tilgung oder Stundung, wegen Unterlassung eines vorangehenden Zahlungsgebots des Gerichtsvoigts und wegen der Rechtswohlthat der Competenz, gehören vor das Prozeßgericht, wenn sie der Vollstreckungsbeamte nicht auszugleichen vermag, alle übrigen Einwendungen des Schuldners, insbesondere gegen das Verfahren, erledigt das Amtsgericht. Beschwerden wegen Verzögerung,

Gebührenüberschreitung und sonstigen Ordnungswidrigkeiten gehen im Disciplinarweg an den Staatsanwalt. §. 574—582. Einsprachen Dritter gegen die Vollstreckung selbst oder die Vertheilung des Erlöses entscheidet das Prozeßgericht, an welches der Dritte durch Zustellung einer Interventionsklage Gläubiger und Schuldner vorladen läßt. §. 583 ff. Mehrere Vollstreckungen in demselben Amtsgerichtsbezirk sind durch einen Gerichtsvoigt, der zuerst begonnen hat, oder von den Gläubigern gewählt wird, vorzunehmen. §. 587 ff. Dabei kennt die Pr.O. ein Vertheilungsverfahren ohne Concurs, wozu sämmtliche konkurrirende Gläubiger bei Verlust ihrer Einwendungen oder Ansprüche nebst dem Schuldner vorgeladen werden und bezüglich aller durch ein Vertheilungsurtheil entschieden wird. §. 595. Außer vollstreckbaren Urtheilen läßt die Pr.O. auch vollstreckbare Urkunden zu, wenn darin sofortige Zwangsvollstreckung ausbdungen ist. §. 528. —

Wirft man einen unbefangenen Rückblick auf dieses System des Verfahrens, so wird man anerkennen müssen, daß kaum ein anderes erdacht werden kann, welches mehr geeignet wäre, der Collegialität ihren wahren Werth zu verleihen und deren Einführung ohne zu große Kosten zu ermöglichen. Sein Hauptvorzug besteht in seiner moralischen Grundlage, indem es den Impuls der Prozeßentwickelung in die freithätige Mitwirkung der Parteien und Anwälte legt, den Standpunkt der Bevormundung und des Mißtrauens verläßt und letztere zu einer Stellung erhebt, welche den Zwiespalt ihrer Pflichterfüllung zwischen Partei und Gericht beseitigt, ihre Selbstständigkeit in Prüfung und Behandlung der Sache befördert und kaum eine andere als wohlthätige Verwendung ihrer Kräfte gestattet. Indem es dadurch bewirkt, daß nur ehrenhafte und talentvolle Anwälte sich mit Erfolg behaupten, aber auch auf sichern Verdienst rechnen können, erhebt es die Arbeitsstube der Anwälte zur Vorhalle des Gerichts, in welcher sie als Gehilfen und nicht als aufdringliche Diener zum gemeinsamen Ziel mitwirken. Daß dadurch die Frage, ob Collegialität oder Einzelrichter? eine andere Gestalt gewinnt, ist klar und die Gesetzgebung wird sich einer neuen Prüfung derselben um so weniger entschlagen dürfen, je mehr die Thatsache feststeht, daß in Ländern, in welchen die Collegialität in diesem Geiste besteht, eine allgemeinere und entschiedenere Befriedigung sich kund gibt als andere sich rühmen können.

Hofgerichtsrath Schmidt.

II.

1) Die Beurkundung in den Kaufbriefen und Extrakten gewährt dem neuen Besitzer nicht die Einrede der Pfanderlöschung nach L.R.S. 2198. (Annalen XXII. S. 107. 137.)

2) Die Bemerkung, daß der Kaufpreis nach gerichtlicher Verweisung zu bezahlen sei, benimmt der Beurkundung der Pfandfreiheit die Wirkung.

3) Auch der mit der Pfandklage belangte dritte Besitzer ist nur verbunden, die Zinsen zweier Jahre nebst dem laufenden zu bezahlen.

Die unter 1 bezeichnete, neuerlich oft besprochene Streitfrage haben bereits zwei Senate des mittelrheinischen Hofgerichts zu Gunsten der Pfandgläubiger entschieden, und wir theilen im Folgenden das einstimmig erlassene Urtheil des III. Senats J. S. der Maria-Viktoriastiftung gegen Kiefer und Genossen vom 18. Mai l. J. mit.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Bei dem Zugeständniß des thatsächlichen Inhalts der an sich wohl begründeten Pfandklage handelt es sich nur noch um die Würdigung der von den Beklagten vorgetragenen Einreden. Zunächst behaupten die Beklagten, daß das klägerische Pfandrecht sei deßhalb erloschen, weil dasselbe in ihren Kaufbriefen und in den an das großh. Amtsrevisorat zum Zwecke der Ausfertigung dieser Kaufbriefe eingesendeten Pfand- und Grundbuchauszügen ausgelassen sei. Auch die von dem Beklagten Joseph Kiefer in der Appellationsvernehmlassung vorgetragene nähere Begründung dieser Einrede kann nur in eben diesem Sinne aufgefaßt werden, denn es ist darin nicht gesagt, daß derselbe ein besonderes Pfandschreibereizeugniß nachgesucht und in Folge dessen eine Beurkundung über die Freiheit seines Eigenthums erhalten habe.

Bezüglich der Beklagten Wittwe Bischoff, Martin Schneider, Joseph Schneider und Joseph Scheermann ist jedoch diese Einrede schon aus dem Grunde verwerflich, weil in den vorgelegten Auszügen ausdrücklich bestimmt ist, daß der Kaufschilling nach gerichtlicher Verweisung zu zahlen sei, denn damit ist die Beurkundung der Lastenfreiheit wieder dahin beschränkt, daß der Käufer den Preis, nicht wie es bei einem freien Gute der Fall sein müßte, an den Verkäufer bezahlen

darf, sondern vielmehr zur Abtragung der vorhandenen Pfandrechte verwenden soll. Da nun in den Extrakten nicht angegeben ist, welche Pfandrechte berücksichtigt werden sollen, so ist auch jenes des klagenden Fonds keineswegs übergangen, wie L.R.S. 2198 dieß erfordert, sondern gleich den andern zur Verweisung vorbehalten, mithin besteht dasselbe auch gegenüber dem neuen Erwerber fort.

Der Beklagte, Joseph Kron, hat aber mit seinem Kaufbriefe auch die ihm zugegangene Verweisung vorgelegt, welche des klägerischen Pfandrechts nicht gedenkt, und sohin erscheint die Bestimmung seines Kaufbriefs, daß der Kaufpreis nach gerichtlicher Verweisung zu bezahlen sei, dahin erläutert, daß darunter die klägerische Unterpfandsforderung nicht inbegriffen ist. In dem Kaufbriefe des Joseph Kiefer und in dem hierauf bezüglichen Extrakte ist aber jene beschränkende Bestimmung überhaupt nicht enthalten, indem es dort heißt, daß der Kaufpreis baar, d. h. an den Verkäufer zu bezahlen sei. Hinsichtlich dieser beiden Beklagten, Joseph Kron und Joseph Kiefer, ist daher die Streitfrage zu prüfen, ob der neue Erwerber einer Liegenschaft die Pfandfreiheit kraft L.R.S. 2198 auf Grund seines Kaufsbriefs und des diesem zu Grund liegenden Extrakts in Anspruch nehmen könne?

Nach französischem Rechte ist die Transscription (Eintrag zum Grundbuch) abgesehen von Schenkungen (L.R.S. 939. 941) nicht nöthig, außer zu dem Zwecke, um das Entledigungsverfahren der L.R.S. 2183 ff. einzuleiten. L.R.S. 2181. Wenn mithin L.R.S. 2198 die Eintragung der Rechtsurkunde zu Grundbuch erfordert, so ist damit dem neuen Erwerber eine Vorsicht zur Pflicht gemacht, welche die Grundlage für die Einleitung des Entledigungsverfahrens bildet. Hat er dieß gethan, so soll er noch ein besonderes Pfandschreibereizeugniß nachsuchen, um daraus zu ersehen, gegen welche Gläubiger er das Entledigungsverfahren richten muß. Eine billige Rücksichtsnahme auf diese doppelten Vorsichtsmaßregeln des neuen Erwerbers ist es alsdann, wenn ihnen die Folge beigelegt wird, daß bei einem Conflikte zwischen seinen Rechten und den Rechten des Pfandgläubigers ihm der Vorzug eingeräumt, und somit verfügt wird, daß die Auslassung einer Last in dem Pfandschreibereizeugniß deren Erlöschung gegenüber dem neuen Erwerber, unbeschadet der Verantwortlichkeit des Pfandschreibers bewirke. Der neue Erwerber kann gegen Gläubiger, die er nicht kennt, das Entledigungsverfahren nicht einleiten, und so würde derselbe ohne jene ihn sichernde Vorschrift schutzlos sein gegen die Pfandgläubiger, wenn er auch jede Vorsicht anwendet;

Zufolge L.R.S. 939a 2181. 2181a und §. 25 II. Einf.-Ed. zum Landrecht geschieht in Baden der Eintrag zu Grundbuch regelmäßig bei allen Erwerbungen von Liegenschaften, um dem Erwerber die vollen Rechte des Eigenthums zu verschaffen, mithin hat derselbe durchaus nicht die Natur einer besonderen Vorsichtsmaßregel des neuen Besitzers, wodurch sich derselbe gegen die Ansprüche der Pfandgläubiger zu sichern sucht.

Die Ausfertigung des Kaufbriefs und des Extrakts erfolgt ohne alles Zuthun des neuen Besitzers von den betreffenden Behörden kraft der in Baden bestehenden organischen Einrichtungen von Amtswegen. Demnach würde es gegen den Sinn und die Absicht des Gesetzes verstoßen, wenn man den Beurkundungen in diesen Akten die Folge beilegen wollte, welche L.R.S 2198 den besonderen Bemühungen des neuen Besitzers einräumt, während doch diese Akten einen davon ganz verschiedenen Ursprung und Charakter haben. Damit ist diesen Akten auch nicht jede Bedeutung entzogen, denn sie geben durch ihre Beurkundung, sofern sie dahin lautet, daß Lasten bestehen, dem neuen Besitzer die Veranlassung, die nöthigen Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen, und durch die Beurkundung der Lastenfreiheit gewähren sie demselben die Garantie, daß er geeigneten Falls den Rückgriff auf die Aussteller des Zeugnisses nehmen kann. *)

Daß nun in Baden die Gesetzgebung an diesem Stand der Sache etwas geändert hat, ist nirgends ersichtlich, vielmehr ist L.R.S. 2198 eine wörtliche Uebersetzung des französischen Urtertes, und verlangt namentlich, daß der neue Erwerber das Pfandschreiberei-Zeugniß nachgesucht hat, und gerade dies Nachsuchen der Beurkundung fehlt bezüglich der Beurkundungen der Extrakte und der Kaufbriefe, so daß auch der Wortlaut unseres Gesetzes entschieden gegen die Ausdehnung der Ausnahmebestimmungen des L.R.S. 2198 auf jene letzteren Akte spricht. Ferner ist in L.R.S. 2180. 2180a unter den Arten der Erlöschung das Entledigungsverfahren, und damit auch die auf dessen Einleitung bezügliche Vorschrift des L.R.S.

*) Um jedoch die Erwerber von Liegenschaften nicht irre zu führen, wäre es freilich das Beste, wenn nach den Annalen XXII. S. 141 erwähnten Vorschlägen die betreffende Anordnung der Instruktion zur Führung der Grundbücher ganz aufgehoben würde, zumal dieselbe ohnehin nur einen sehr zweifelhaften Werth hat.
D. E.

2198, nicht aber auch die davon unabhängige Beurkundung in den Kaufbriefen und Extrakten aufgeführt.

Vrgl. oberhofgerichtliche Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 434 ff.

Demnach ist die Einrede der Erlöschung des klägerischen Pfandrechts auch bezüglich der Beklagten Joseph Kron und Joseph Kiefer unbegründet, was aus dem gleichen Grunde bei den übrigen Beklagten — wenn man von der von ihnen angerufenen Beurkundung absehen wollte, auch der Fall sein würde.

Daher muß dem Klagbegehren im Allgemeinen entsprochen werden, jedoch sind die Beklagten nicht für einander sammtverbindlich haftbar, sondern es ist ein Jeder zur Abtragung des ganzen Betrags der klägerischen Forderung verpflichtet, natürlich abzüglich der auch von andern geleisteten Zahlungen. (L.R.S. 1222. 1221. Z. 1. 2083).

Ferner haften die Beklagten nicht für sämmtliche geforderte Zinsen vom 21. März 1848 an, denn gemäß L.R.S. 2151. 2168. 2218a am Ende (Zachariä franz. Civ.-Recht Bd. II. §. 287. 285. Note 2) sichert das Pfandrecht auch gegen den dritten Besitzer außer dem laufenden Zins nur zwei verfallene Jahreszinsen, mithin erscheinen auch ohne Einrede und sowohl nach der in der Klage behaupteten Verzugsetzung vom 15. Juli 1854 als auch nach der Ladungszustellung vom 23. August 1854 nur die Zinsen vom 21. März 1852 an als Pfandrecht genießend, so daß die Beklagten auch nur diese Zinsen zu bezahlen haben. *)

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 170 wurde, wie geschehen erkannt.

Dr. Puchelt.

III.

Zum L.R.S. 2198.

Der in den oberhofgerichtl. Jahrb. n. F XIII. S. 434 erschienene Aufsatz hat das Hofgericht des Seekreises (II. Senat) von der Richtigkeit der darin ausgesprochenen Ansicht durchaus nicht zu überzeugen vermocht, vielmehr hat der II. Senat dieses Gerichtshofes nach wie vor ebenso wie in dem in den Annalen XX. S. 55. 84 mitgetheilten Falle entschieden.

Hgr.

*) Vrgl. den Aufs. des Eins. in Annalen XX. S. 360. D. E.

IV.

Verhandlung der abgekürzten Appellation gegen Ladungsversagungen vor dem Unterrichter.

Die Ungenauigkeit in der Redaction des §. 1185 der Pr.O. hat schon mancherlei Zweifel hervorgerufen und Anlaß zu Controversen gegeben.

(s. Brauer, das mündliche Verfahren, §. 30, insbesondere Note 3 u. 8.
Annalen XVIII. 1851. No. 50. II. S. 394 u. 395.
" XX. 1853. No. 1. II. S. 4.
" XX. 1853. No. 11. II. S. 82—84.)

So sind namentlich auch über die Frage, wann Appellationen gegen Ladungsversagungen vor dem Unterrichter zu verhandeln seien, verschiedene Ansichten entstanden. Diese Frage habe ich in den Annalen vom Jahr 1851. No. 50. S. 194 unter §. 1. 2. schon einmal besprochen, bin aber dort zu weit gegangen, wenn ich unter Ziffer 2 behauptet habe, Appellationen gegen Ladungsversagungen in der Formel des §. 283 Pr.O. (die Klage findet nicht statt) werden nur dann vor dem Unterrichter verhandelt, wenn es an der Appellationssumme fehle. Denn offenbar ist in denjenigen Fällen, in welchen die Verhandlung der Appellation gegen das Endurtheil nach Ziff. 3. 4. des §. 1185 d. Pr.O. vor dem Unterrichter stattfindet, auch die Verhandlung des Rechtsmittels gegen eine Ladungsversagung vor dem Unterrichter zu pflegen, und in Ziff. 2 des §. 1185 nicht die Bestimmung enthalten, daß Appellationen gegen Ladungsversagungen nur dann vor dem Unterrichter stattfinden, wenn es an der Appellationssumme fehle, sondern diese gesetzliche Bestimmung muß in Verbindung mit Ziff. 3. 4 desselben Paragraphen vielmehr auf Appellationen gegen Ladungsversagungen in Streitigkeiten über nicht persönliche Verbindlichkeiten oder in Fällen, die sich nicht schon der Prozeßart nach zur Verhandlung vor den Unterrichter eignen, beschränkt werden.

Hiernach findet die Verhandlung der Appellation gegen eine Ladungsversagung vor dem Unterrichter statt:

I. nach Ziff. 1 des §. 1185 immer, wenn die Ladung in der Formel des §. 282 der Pr.O. (die Klage findet hier nicht statt) versagt ist,

II. wenn die Ladung in der Formel des §. 283 (die Klage findet nicht statt) versagt ist:

1) nach Ziff. 4 des §. 1185 dann, wenn das Gesuch um:
dinglichen Arrest,
einstweilige Verfügung,
Einleitung einer bestimmten Prozeßart,
Herausgabe einer oder mehrerer Urkunden im Verlauf des Hauptprozesses
sofort abgeschlagen oder eine Aufforderung zur Klage sofort verworfen wird;
2) nach Ziff. 3 des §. 1185 vergl. mit §. 642 Ziff. 1—4, wenn die Ladung in einer Streitigkeit über:
a) eine persönliche Verbindlichkeit von nicht über 150 fl.,
b) Leistungen zu laufendem und künftigem Unterhalt,
c) Ansprüche, wodurch angefangene oder beabsichtigte Bauten aufgehalten werden, insofern der Streit nicht Eigenthums- oder Dienstbarkeitsrechte zum Gegenstand hatte,
d) Dienstverhältnisse zwischen Handwerksmeistern, Gewerbsunternehmern oder Dienstherrn und ihren Gesellen, Lehrjungen, Arbeitern oder Dienstboten;
3) nach Ziff. 3 des §. 1185 vergl. mit §. 641 und 626 der Pr.O. in allen, nicht in den gewöhnlichen Schriften in Verbindung mit der Hauptsache verhandelten Nebensachen im Prozesse, so namentlich wenn Wiederherstellungsgesuche gegen versäumte Fristen sofort verworfen worden sind;
4) nach Ziff. 2 des §. 1185 vergl. mit Ziff. 1 des §. 1128 der Pr.O., wenn der Werth des Gegenstands eines zum ordentlichen Verfahren geeigneten Streits die Appellationssumme nicht erreicht. Stf.

V.

Inwiefern findet der §. 34 des Zollstrafgesetzes auch auf einen intellektuellen Urheber, Anstifter, Anwendung?

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde Kaufmann Vogel von M. der Anstiftung einer im Complott verübten Zolldefraudation von 4 Zentner 80 Pfund Wein für schuldig erklärt und nebst der gesetzlichen Geldstrafe in eine Amtsgefängnißstrafe von einem Monat verurtheilt.

Das großh. Oberhofgericht hob dieses Urtheil auf, soweit es den Rekurrenten Vogel in eine Gefängnißstrafe verfällte, aus folgenden Gründen:

„Durch die Untersuchung ist — wie die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe schon ausgeführt — das Vorhandensein einer Zoll-Defraudation außer Zweifel, und es erscheint auch Rekurrent, in dessen Besitze der in Frage liegende Wein ohne Zollausweis vorgefunden wurde, gemäß §. 15 des Zollgesetzes in Vergleichung mit §. 19 Ziff. 3 d. Ziff. 5 des Zollstrafgesetzes dafür haftbar. Es erscheint aber dagegen die Anwendung des §. 34 des Zollstrafgesetzes auf den Rekurrenten nicht als gerechtfertigt. Eine Vergleichung des gedachten §. 34 mit den §§. 15 und 16 desselben Gesetzes und den §§ 119. 129 des St.G.B. ergibt zwar, daß auch das Zollstrafgesetz in der Regel die intellektuellen und physischen Urheber gleich bestraft wissen will; daß dagegen jener §. 34 von dieser Regel eine Ausnahme feststellt. Schon die Ueberschrift der §§. 30 und ff. — „Zollvergehen unter erschwerenden Umständen" — deutet auf eine Ausnahmebestimmung hin und eine genauere Betrachtung des §. 34 zeigt, daß das Erschwerende in dem hier namhaft gemachten Falle darin liegt, daß eine Mehrheit von wenigstens drei Personen sich zur gemeinschaftlichen Ausführung einer Defraudation verbinden und solche gemeinschaftlich verüben, in welchem Falle jeder Theilnehmer außer der, sonst verwirkten vollen Strafe des verübten Zollvergehens noch einer Gefängnißstrafe unterworfen werden soll — und zwar von allen Mitwirkenden der Anstifter und Anführer einer höhern Strafe, als die übrigen Mitglieder bei dieser Zusammenwirkung. — Es ist somit die Gemeingefährlichkeit des Zusammenwirkens Mehrerer, was das Gesetz höher bestraft wissen will, und unter diesen wieder diejenigen, die sich beim Zustandekommen des Vergehens besonders hervorgethan haben, es setzt aber das Gesetz bei Allen die Anwendung auch physischer Thätigkeit dabei voraus, oder aber bezüglich des Anstifters, der nicht thätigen Antheil an der Verübung des Verbrechens genommen haben sollte, doch die Veranlassung, oder mindestens die Kenntniß von der Art der beabsichtigten Verübung desselben im Sinne des §. 34 des Zollstrafgesetzes zur Zeit der Anstiftung „so daß er auch als Anstifter der be-

sonderen Art des Vollzuges in Betracht kommt. Dafür nun, daß dem Rekurrenten Letzteres zur Last liegt, oder daß er bei Verübung der That selbst thätig gewesen, hat die Untersuchung keinen Anhaltspunkt ergeben; es ist vielmehr nach den Aussagen der Mitangeschuldigten das Gegentheil anzunehmen.

Hgr.

VI.

Provocationsklage des Käufers einer Liegenschaft gegen den — Unterpfandsrecht an derselben beanspruchenden — Gläubiger des Verkäufers.

(Jahrbücher n. F. XIII. 1852/53. No. 62. S. 467—471).

Der Käufer eines Hauses erhob gegen den Sohn des Verkäufers deßhalb die Provocationsklage des §. 726 Pr.O. (ex lege Diffamari), weil dieser den Antrag gestellt hatte, seine Forderung an den Verkäufer für mütterliches Erbe — mit dem Unterpfandsrechte des Mündels gesichert — in die Verweisung des Kaufpreises aufzunehmen und weil derselbe die seinem Antrag entsprechende Verweisung als richtig anerkannt habe.

Die von dem Unterrichter versagte Ladung wurde von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises (III. Civ.-Senat) zugelassen, indem man erwog:

1) daß das Gesetz zwischen persönlichen und dinglichen Ansprüchen nicht unterscheide.

. Das Gesetz, welches von einer Diffamatio blos in Beziehung auf den status ingenuitatis handelt, demnach voraussetzt, daß sich Jemand über diesen oder wenigstens über den persönlichen status eines Andern, öffentlich oder doch vor Mehreren in einer dem letzteren nachtheilige Weise geäußert habe, ist von den Practikern — nach zwei Richtungen, weit über diese Grenzen ausgedehnt worden, indem sie:

a) das Merkmal der Oeffentlichkeit der Aeußerung des Diffamanten aus dem Begriff der Diffamation ausmärzten und namentlich auch urkundlich behauptete Ansprüche zur Begründung der Provokation für genügend erklärten;

b) überall, wo sich Jemand eines klagbaren Anspruchs gegen einen Andern berühmt hatte, die Provocation zuließen, ohne Rücksicht darauf, ob die Diffamation auf die Persönlichkeit oder auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Diffamanten gerichtet gewesen war.

So ist namentlich angenommen, daß der Besitzer einer Sache zur Anstellung dinglicher Klagen provociren könne.

Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 180 bis Note 8 u. § 181 Note 1.
Bayer, Theorie der summarischen Prozesse §. 53 vor und in Note 4 und nach Note 14.

Wenn auch derjenige, welcher einen Theil des Kaufpreises einer Liegenschaft für eine Forderung gegen den Verkäufer der Liegenschaft in Anspruch nimmt, in erster Reihe und unmittelbar einen Anspruch gegen diesen — den Verkäufer erhebt, wenn es ferner dem Käufer gleichgültig sein mag, an wen er, statt an den Verkäufer, seine Kaufpreisschuld zu zahlen habe, so trifft jener Anspruch, sobald für denselben Unterpfandsrecht auf die verkaufte Liegenschaft geltend gemacht wird, doch auch den Käufer.

Wer sich nemlich eines Unterpfandsrechts an der verkauften Liegenschaft berühmt, nimmt damit auch die Pfandklage gegen den neuen Erwerber derselben in Anspruch,

L.R.S. 2166 ff.

2) daß der Käufer der Liegenschaft, auf deren Erlös ein Dritter Kraft eines ihm an derselben zustehenden Unterpfandsrechts Anspruch erhebt, kein Klagrecht gegen diesen hat.

§. 728 Pr.O.

Auch die Einsprache gegen die Verweisung kommt selbst bei Zwangsversteigerungen nach §. 129 des Justizministerialerlasses vom 21. November 1851 (Reg.-Bl. No. 67 S. 735) nicht dem Käufer, sondern nur dem Schuldner (Eigenthümer) und dessen Gläubigern zu; und das Rechtsmittel des L.R.S. 2181 ff. hat der Käufer nicht, um einem bekannten Gläubiger seinen Anspruch zu bestreiten, sondern um zu verhüten, daß er von unbeachtet gebliebenen Gläubigern mit der Pfandklage L.R.S. 2166 ff. nachträglich über seinen Kaufpreis hinaus in Anspruch genommen werde.

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 22.** Mannheim, 26. Mai 1855.

I.

Oberhofgerichtliches Erkenntniß über ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens.

§. 119. 123 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.
Annalen No. 16 dieses Jahrganges.

Die vom Schwurgerichtshof zu Konstanz wegen Mords zur Todesstrafe verurtheilte Katharina Grömminger geb. Hornsteiner von Meßkirch hat gegen das Erkenntniß des Hofgerichts des Seekreises als Schwurgerichtshof, wodurch ihr Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens als unbegründet verworfen wurde, die Beschwerde an großh. Oberhofgericht ergriffen. In dem Gesuch um Wiederaufnahme war auch noch auf ein Zeugniß des Pfarramtes Meßkirch und auf eine neue Thatsache hingewiesen, um die Glaubwürdigkeit des Knaben Leander Bochazer in Zweifel zu ziehen. Das Pfarramt Meßkirch sprach sich nämlich in seinem Zeugnisse vom 24. Oktober vorigen Jahres über den Knaben Bochazer dahin aus, daß bezüglich seiner Wahrheitsliebe nichts Nachtheiliges in Erfahrung gebracht werden konnte, daß aber der Knabe bemerkt zu haben scheine, als erwarte man in seinen Aussagen eine Anklage gegen die Katharina Grömminger, die daraus hervorgehe, daß er auf die absichtlich an ihn gestellte Frage, ob die Grömminger bei ihrem Gange durch das Zimmer mit dem Kinde auch gesagt habe, daß sie es in den Abtritt werfen wolle? — ebenfalls (wie doch gewiß irrig), mit einem entschiedenen „Ja" antwortete und dies noch durch ziemlich vollständige Wiederholung des Fragesatzes bestätigte. Und die nun vorgetragene Thatsache bestand darin, daß um Weihnachten v. J. dem Knaben Bochazer von mehreren Personen Geld und Eier, die er besonders liebe, versprochen worden seien, wenn er die Wahrheit sage, und daß er alsdann auf die an ihn gestellte Frage, ob die Kath. Grömminger das Kind im Schurze gebracht und in den Abtritt geworfen? — geantwortet habe, er wisse es nicht. Ausdrücklich war auf diese Thatsache und jenes pfarramtliche Zeugniß das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens nicht gegründet, sondern es wurde in der deßfallsigen Eingabe, welche zugleich ein Begnadigungsgesuch enthielt, jener Vorgang nur zur Kenntniß des Gerichtshofes gebracht. In der an großh. Oberhofgericht ergriffenen Beschwerde war aber das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens ausdrücklich auf das pfarramtliche Zeugniß und die neu vorgetragene Thatsache gestützt. Vom obersten Gerichtshofe wurde jedoch durch Erkenntniß vom 28. April d. J. die Beschwerde der Kath. Grömminger als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

Das von der verurtheilten Kath. Grömminger bei dem Schwurgerichtshof des Seekreises gestellte Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens wird

1. in der von ihrem Anwalte hierwegen eingereichten Ausführung vom 1. April l. J. unter Berufung auf §. 119 No. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 in thatsächlicher Beziehung zunächst auf die Behauptung gestützt, daß die in der Untersuchung als Zeugin eidlich einvernommene Karolina Schmitt von Meßkirch wissentlich falsch gesagt habe, sie sei am Samstag den 20. August v. J. nach Meßkirch, von wo sie schon Morgens in aller Frühe weggegangen sei, erst wieder am Abende zurückgekommen.

Durch diese unwahre Aussage sei die Zeugin zum Nachtheile der Angeklagten der von dieser zu ihrer Entschuldigung aufgestellten Angabe entgegengetreten, daß in der Mittagsstunde des 20. August v. J. im Hause des Schlossers Hennes in Meßkirch gerade zwischen dieser Karolina Schmitt und dem Polizeidiener Bauhart

eine Verabredung getroffen worden sei, den Verdacht wegen des Tages zuvor am Kinde der M. E. Klausner verübten Mordes auf sie — die Angeklagte zu leiten.

Die Angeklagte will beweisen, daß Karolina Schmitt am 20. August v. J. schon um die Mittagszeit wieder in Meßkirch gewesen sei, also die Unwahrheit behauptet habe, wenn sie sage, daß sie erst Abends nach Meßkirch gekommen sei.

Es sind aber schon vor Allem die von der Angeklagten in der Eingabe vom 1. April l. J. vorgeschlagenen Beweismittel gar nicht geeignet, die von der Angeklagten behauptete frühere Rückkehr festzustellen. Die Angeklagte beruft sich nemlich beim Vortrage ihres Gesuches um Wiederaufnahme des Verfahrens lediglich nur auf die Joseph Sauter'schen Eheleute von Litzelbach und einige auf der s. g. Zollbrücke bei Renzingen wohnenden Personen, welche bezeugen würden, daß K. Schmitt am 20. August v. J. schon um 8 Uhr Morgens in der ausgesprochenen Absicht nach Hause zu gehen, von Litzelbach sich entfernt, und daß man sie auch später nicht auf der s. g. Zollbrücke gesehen habe. Aus der früheren Entfernung der Karolina Schmitt von Litzelbach und aus ihrem Nichterscheinen auf der Zollbrücke folgt aber noch keineswegs deren früheres Eintreffen in Meßkirch; darüber aber, daß sie wirklich schon um die Mittagszeit in Meßkirch gewesen sei, also unwahrer Weise die Unmöglichkeit ihrer Anwesenheit bei der von der Angeklagten behaupteten Verabredung behauptet habe, darüber hat der Anwalt der Angeklagten in seiner Eingabe vom 1. April l. J. keine Beweise bezeichnet, vielmehr in dieser Hinsicht ausdrücklich angegeben, daß alle Nachforschungen der Familienangehörigen der Angeklagten keine näheren Beweise hätten ausfindig machen können, daß K. Schmitt am 20. August v. J. schon um die Mittagszeit in Meßkirch anwesend gewesen sei.

Der aber erst in der Beschwerdeausführung vom 9. April l. J. beantragten Einvernahme des Ehemanns und der Töchter der Verurtheilten über die damalige Anwesenheit der K. Schmitt zu Meßkirch steht die schon in der Voruntersuchung vor diesen Personen auf den Grund des §. 149 der St.Pr.O. ausgesprochene Verweigerung ihres Zeugnisses und nebstdem die Unerheblichkeit der Aussagen dieser nächsten Angehörigen der Verurtheilten gegenüber den bestimmten Aussagen anderer unbetheiligter und eidlich einvernommener Personen entgegen.

Würde aber auch bewiesen, daß Karolina Schmitt mit Unwahrheit ihre Rückkehr nach Meßkirch auf den Abend angegeben habe, und daß sie wirklich schon am Mittage daselbst gewesen sei, so könnte daraus doch noch keineswegs auch auf die Wahrheit der allein als Entschuldigungsmoment von der Angeklagten geltend gemachten Thatsache geschlossen werden, daß Karolina Schmitt sich mit anderen verabredet habe, den Verdacht wegen des Tags zuvor erfolgten Mords auf die Angeklagte zu leiten, — eine Thatsache, deren völlige Unwahrheit — auch ganz abgesehen von den Aussagen der K. Schmitt — schon genügend durch die Aussagen dreier anderer beeidigter Zeugen, — des Polizeidieners Bauhart, des Schlossers Hennes und des Joh. Bücheler — bewiesen ist. Neben dem Fortbestande dieser von der Angeklagten in ihrem Gesuche um Wiederaufnahme im Sinne des §. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 unangefochtenen Zeugnisse ist aber die Angabe der K. Schmitt über ihre Abwesenheit von Meßkirch offenbar ganz unerheblich und schon darum das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens unbegründet.

Insofern aber

II. in der Eingabe vom 1. April l. J. auf ein Zeugniß des Pfarramtes Meßkirch vom 24. Oktober 1854, sowie auf eine neu vorgetragene Thatsache hingewiesen wird, um die Glaubwürdigkeit des als Anschuldigungszeugen aufgetretenen Kindes, Leander Bochazer, in Zweifel zu ziehen, so ist das ganze Vorbringen an sich nicht geeignet, ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen. Es weist nemlich das Sitzungsprotokoll des Schwurgerichts vom 26. März l. J. nach, daß das pfarramtliche Zeugniß vom 24. Oktober 1854, welches gegen die Glaubwürdigkeit des Knaben Leander Bochazer geltend gemacht werden will, den Geschworenen vorgelesen worden ist, diese demnach bei Fällung ihres Wahrspruches bereits gewürdigt haben, welches Gewicht jenem Zeugnisse beizulegen ist.

Die noch weiter neu vorgetragene Thatsache aber, welche ebenfalls die Glaubwürdigkeit des Zeugen Bochazer verdächtigen soll, würde — auch wenn sie vollständig erwiesen werden könnte, — doch noch keineswegs die Unwahrheit der von jenem Kinde zum Nachtheile der Angeklagten vor Gericht gemachten Aussagen darthun; denn danach soll nur ein nach der Entfernung dieses Knaben aus dem Grömminger'schen Hause gemachter Versuch, denselben zu einem der Angeklagten nachtheiligen Zeugnisse zu stimmen, vorliegen, ohne daß jedoch der Erfolg dieses Unternehmens auf das vor Gericht von dem Knaben abgelegte Zeugniß zu ermitteln wäre, so daß auch der voll-

ständigste Beweis der neu vorgetragenen Thatsache immer noch nicht den Schluß auf ein falsches gerichtliches Zeugniß des Leander Bochazer rechtfertigen, — daß also — auch wenn man auf unbeeidigte Aussagen von Kindern die No. 1 des §. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 anwenden wollte, immerhin noch die hauptsächlichste Voraussetzung zur Wiederaufnahme des Verfahrens — die Voraussetzung der erwiesenen Unwahrheit des von Leander Bochazer abgegebenen gerichtlichen Zeugnisses fehlen würde, eine Voraussetzung, die um so weniger durch das — wenn auch zu erweisende — neue Vorbringen der Angeklagten auch nur wahrscheinlich gemacht, geschweige denn festgestellt werden könnte, weil der Knabe Leander Bochazer erstmals sein Anschuldigungszeugniß vor Gericht schon vorher, ehe nur der angebliche Einfluß auf denselben versucht worden sein soll, nämlich schon in seinem Verhöre vom 25. August v. J. — also zu einer Zeit gemacht hatte, wo er noch jedem fremden Einflusse entzogen war.

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen erkannt werden.

Das großh. Oberhofgericht hat sonach folgende Grundsätze als richtig anerkant,

1) daß das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens nicht auf Umstände gestützt werden kann, welche schon bei der Verhandlung und Aburtheilung zur Würdigung vorgelegen sind;

2) daß die Wiederaufnahme des Verfahrens nur zu gestatten ist, wenn die Aussage eines Zeugen, der des Meineids überwiesen werden soll oder überwiesen ist, von solcher Erheblichkeit ist, daß die Aussage dieses Zeugen für sich allein oder in Verbindung mit anderen Umständen auf die Beurtheilung Einfluß gehabt hat oder doch haben konnte;

3) daß, wenn die Unerheblichkeit und Einflußlosigkeit der Beweise so klar vorliegt, daß hierüber auch nicht der mindeste Zweifel obwaltet, das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens sofort zu verwerfen ist, ohne daß diese Beweise zu erheben sind. Vrgl. Annalen XIX. S. 55. 329.

Haager.

II.

Schwurgerichts- und Cassationsfall.

1) Anzeige beim Verbrechen der Nothzucht.

2) Unbescholtenheit der Genöthigten.

§. 335. 338 St.G.B.

Annalen XIX. S. 55. 56.

Fr. Marquart von St. verübte am 13. Novbr. v. J. an der ledigen Helena B. von Sch. einen Nothzuchtversuch, welcher jedoch keine Verletzung derselben zur Folge hatte. Sie machte auch nicht sofort von dem Vorfalle Anzeige, sondern die Gendarmerie, welche Kenntniß hievon erhielt, ließ die Helena B. am 27. Novbr. v. J. vor das Bürgermeisteramt vorrufen, wo sie die Sache anzeigte, ohne jedoch ausdrücklich auf Einleitung einer Untersuchung und Bestrafung des Thäters anzutragen. Das über die Anzeige aufgenommene bürgermeisteramtliche Protokoll wurde an das Bezirksamt Meßkirch gesendet, welches die Helena B. sofort mit Eidesbelehrungszeugniß vorlud. Auf ihr Erscheinen bei Amt erklärte sie nach Inhalt des Protokolls vom 15. Dezbr. v. J. auf sachgemäße Eröffnung, sie verlange, daß Fr. Marquart wegen der an ihr versuchten Nothzucht in Untersuchung genommen und bestraft werde, weßhalb sie auch bereits bei dem Bürgermeisteramt die Anzeige gemacht habe. In Folge dessen wurde erst gegen Marquart Untersuchung eingeleitet. Ueber den Leumund der Helena B. sprach sich der Gemeinderath folgend aus: „dieselbe hat ein uneheliches Kind, in Ansehung ihrer Geschlechtsehre steht solche in einem unbescholtenen Rufe." Und das Pfarramt ertheilte ihr das Zeugniß, daß sie vor 6 Jahren ein Kind geboren, seither aber in dieser Beziehung sich nichts mehr habe zu Schulden kommen lassen und ein sittlich gutes Benehmen zu Tage gegeben habe. Von der Anklagekammer am Hofgericht des Seekreises wurde Marquart als Urheber der versuchten Nothzucht an einer in Ansehung ihrer Geschlechtsehre unbescholtenen Frauensperson vor das Schwurgericht gestellt. Und der Angeklagte hatte gegen das Verweisungserkenntniß keine Beschwerde ergriffen. (§.82. Abs. 3 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851.) In der schwurgerichtlichen Verhandlung machte der Vertheidiger geltend, daß die Genöthigte, in Ansehung ihrer Geschlechtsehre nicht von unbescholtenem Rufe sei, weil sie, wie sie selbst gestanden, mit einem

armen Burschen, ohne Aussicht ihn heirathen zu können, ein Verhältniß angeknüpft und sodann ein Kind geboren habe. Die Staatsbehörde erwiederte hierauf, daß deßhalb, weil eine Frauensperson einmal geschwängert worden, dieselbe noch nicht als eine bescholtene Person betrachtet werden könne, sondern unter einer solchen nur diejenige Person zu verstehen sei, welche ihren Körper als Werkzeug der Wollust Jedem preisgebe, (vergl. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts §. 265. In den Kammerverhandlungen ist sich nicht darüber ausgesprochen worden, was unter einer unbescholtenen Person zu verstehen sei.) Von den Geschworenen wurde die Frage: „Ist die Helena B. in Ansehung ihrer Geschlechtsehre von unbescholtenem Rufe?“ — verneint. Nachdem die Staatsbehörde den Strafantrag gestellt hatte, erhob der Vertheidiger die Einwendung, daß es hier an einer gehörigen Anzeige im Sinne des §. 338 St.G.B. fehle, indem die Helena B. nicht freiwillig, sondern erst auf Vorladung vor dem Bürgermeisteramt und Bezirksamt erschienen sei. Die Staatsbehörde entgegnete hierauf, daß es an der im amtlichen Protokoll vom 15. Dezbr. v. J. gemachten Anzeige genüge. Von dem Schwurgerichtshof wurde auch diese Einrede in Betracht, daß die Behauptung des Vertheidigers, als mangle hier die in §. 338 St.G.B. vorgeschriebene Anzeige zur strafgerichtlichen Verfolgung, inhaltlich des Protokolles des Bezirksamtes Meßkirch vom 15. Dezbr. v. J. als unbegründet erschien, verworfen, und der Angeklagte des Versuchs der Nothzucht an der in Ansehung ihrer Geschlechtsehre nicht unbescholtenen Helena B. für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt. Hiegegen ergriff der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeschwerde, dieselbe darauf bauend, daß hier eine freiwillige Anzeige nicht vorliege, sondern in der Vorladung vor das Bürgermeisteramt und Bezirksamt und in der beim Bürgermeisteramt vor ihrer Einvernahme gemachten Eröffnung ein physischer oder moralischer Zwang zu erblicken, die Anzeige oder der Antrag auf Einleitung einer Untersuchung und Bestrafung des Thäters somit ungiltig sei. In der Vernehmlassung auf die Nichtigkeitsbeschwerde erklärte die Staatsbehörde, daß diese Beschwerde schon deßhalb als verwerflich erscheine, weil der Angeklagte gegen das Verweisungserkenntniß kein Rechtsmittel ergriffen habe, obwohl ihm nach §. 82. Abs. 3 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 ein solches wegen Mangels einer Anzeige zugestanden wäre, daher in dieser Beziehung das Verweisungserkenntniß rechtskräftig geworden sei *). Abgesehen übrigens davon, so liege hier, sagte die Staatsbehörde weiter, in der That eine freiwillige Anzeige vor. Wenn man auch darüber Zweifel haben könnte, ob die beim Bürgermeisteramte gemachte Anzeige eine gehörig beschaffene Anzeige sei, so müßten alle Zweifel verschwinden, Angesichts der Erklärung, welche die Helena B. am 15. Dezbr. v. J. bei dem Bezirksamte Meßkirch zu Protokoll gegeben habe. Daß diese Anzeige eine freiwillige sei, könne mit Grund nicht beanstandet werden. Denn darin, daß die Helena B. sowohl zum Bürgermeisteramt als zum Bezirksamt vorgeladen worden sei, könne doch gewiß kein physischer Zwang liegen. Es sei ihr ja immerhin freigestanden, zu erklären, daß sie eine gerichtliche Verfolgung und Bestrafung des Thäters nicht verlange. Namentlich könne auf einen physischen oder moralischen Zwang daraus nicht geschlossen werden, daß es in dem amtlichen Protokoll vom 15. Dezbr. v. J. heiße, die Helena B. habe auf sachgemäße Eröffnung erklärt, daß sie die Einleitung einer Untersuchung und Bestrafung des Thäters verlange. Im Gegentheile sei bei der gesetzlichen Vermuthung, welche für die Legalität der richterlichen Handlungen streite, anzunehmen, daß der Untersuchungsrichter die Helena B. darüber belehrt haben werde, wie es von ihrem Willen abhängen, ob gegen den Thäter Untersuchung einzuleiten sei oder nicht. Die Helena B. habe auch weder in der Voruntersuchung noch in der Schlußverhandlung behauptet, daß die Anzeige keine freiwillige sei, sondern durch ihre Zeugenschaft deutlich zu erkennen gegeben, daß sie mit der gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung des Angeklagten vollkommen einverstanden sei. Ueberdies habe die Bestimmung in §. 338 St.G.B. offenbar nicht den Sinn, daß ohne Anzeige der Betheiligten nicht einmal ein Informativverfahren eingeleitet werden dürfe, was sich daraus klar ergebe, daß in schwereren Fällen der Nothzucht und in den Fällen, wo das Verbrechen unter solchen Umständen verübt worden, daß hierdurch öffentliches Aergerniß verursacht worden, auch ohne Anzeige von Amtswegen Untersuchung eingeleitet werden müsse. Ob nun aber der eine oder andere Fall vorhanden sei, könne nur durch ein Informativverfahren ermittelt werden. Und aus der Bestimmung von §. 8 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851

*) Vergl. jedoch Annalen XIX. S. 321. D. R.

gehe zudem hervor, daß da, wo wegen eines Verbrechens, dessen Verfolgung nur auf Anzeige der Betheiligten stattfinde, ohne solche die Untersuchung von Amtswegen eingeleitet worden sei, der Mangel der Anzeige durch die nachträgliche Einwilligung der Betheiligten zur Fortsetzung und Beendigung der Untersuchung geheilt werden könne, ja daß sogar den Betheiligten eine Frist zur deßfallsigen Erklärung zu bestimmen sei.

Von großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 5. Mai d. J. die Richtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

Die Richtigkeitsbeschwerde ist gegen das schwurgerichtliche Urtheil, welches die schon bei der Schlußverhandlung erhobene Einwendung des Mangels einer Anzeige im Sinne des §. 338 St.G.B. als unbegründet verworfen und den Angeklagten des Versuchs der Nothzucht für schuldig erkannte, gerichtet und dahin zu begründen versucht, daß hier keine freiwillige Anzeige, wie das Gesetz sie voraussetze, vorliege. Diese Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das Gesetz macht in einem Falle, wie der vorliegende, die Statthaftigkeit der Einleitung des gerichtlichen Strafverfahrens von der bestimmten Erklärung der durch das Verbrechen Beschädigten: „daß sie das Strafverfahren wolle“ — abhängig, und diesen Willen hat hier die Beschädigte bei ihrem ersten Auftreten vor Gericht und vor Beginn des gerichtlichen Strafverfahrens unzweideutig und mit dem Anfügen ausgesprochen, daß sie schon bei der ersten Anregung des in Frage stehenden Vorfalles vor dem Bürgermeister die Absicht, Untersuchung und Bestrafung des Angeschuldigten herbeizuführen, gehabt habe. Durch diese so bestimmt und rechtzeitig abgegebene, auch durch das Erscheinen und die Zeugnißablage der Beschädigten bei den schwurgerichtlichen Verhandlungen weiter bethätigte Erklärung verliert die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Behauptung eines durch die Vorladung vor Gericht und eine der Erklärung der Beschädigten vorhergegangene Eröffnung von Seiten des Untersuchungsrichters auf die Beschädigte ausgeübten Zwanges jeden Halt, zumal die bezeichneten Handlungen des Untersuchungsrichters, deren Gesetzlichkeit jedenfalls vor der Hand unterstellt werden muß, ihren Grund nur in der Absicht haben konnten, zu ermitteln, ob ein nur auf Anzeige oder von Amtswegen zur strafgerichtlichen Verfolgung zu ziehender Fall vorliege; somit gesetzlich erlaubte und an sich schon keineswegs solche Handlungen waren, wodurch der freie Wille der Beschädigten in Bezug auf ein erst einzuleitendes Verfahren aufgehoben oder beschränkt werden konnte. Schon aus diesen Gründen mußte die erhobene Beschwerde für unbegründet erachtet und deßhalb verworfen werden.

Haager.

III.

1) Die einjährige Frist zur Anstellung der actio **Pauliana** ist eine Nothfrist, deren Einhaltung der Richter von Amtswegen zu prüfen hat.
   Annalen XX. S. 327. XXI. S. 378. 380.

2) Bei dieser Frist findet nicht, wie bei der Verjährung, eine Unterbrechung oder ein Stillstand statt.
   Annalen XXI. S. 378. No. 4.

3) Als Anfangsziel dieser Frist erscheint unter Umständen der Tag des Grundbucheintrags der angefochtenen Verträge.
   Annalen XX. S. 383. 387. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 48.

4) Kaufverträge können nur gegen Verkäufer und Käufer zugleich angefochten werden.

5) Ist durch Ablauf der Frist der Kaufvertrag unangreifbar geworden, so findet eine Anfechtung der Zahlung des Kaufpreises nicht statt.

Die W. Graf Ehefrau schuldete dem Kläger kraft rechtskräftigen Urtheils 337 fl. nebst Zinsen, und veräußerte, offenbar um die Verfolgung dieser Schuld zu vereiteln, ihr einziges Vermögen, einige Liegenschaften an ihre beiden Schwäger, Xaver und Franz Graf, worauf sie sich zu ihrem bereits nach Amerika ausgewanderten Ehemann flüchtete. Deßhalb erhob der Kläger gegen diese drei Personen, W. Graf Ehefrau, Xaver und Franz Graf, eine Klage auf Nichtigerklärung der Kaufverträge nach Maßgabe von L.R.S. 1167, unterlag jedoch damit in beiden Instanzen. (Urtheil des mittelrh. Hofgerichts vom 2. März l. J. in Sachen Herbich gegen Graf.)

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Soweit der Kläger die zwischen den Beklagten abgeschlossenen Kaufverträge, als zum Abbruch seiner Rechte unternommen, nach Maßgabe von L.R.S. 1167 anfechten will, ist er durch die Abweisung seiner Klage gegenüber sämmtlichen drei Beklagten nicht beschwert, denn diese Anfechtung ist wegen Ablaufs der hiefür in L.R.S. 1167a geordneten Nothfrist nicht mehr zulässig. Aus der als Klagbestandtheil übergebenen Abschrift des Grundbucheintrags über diese Kaufverträge ergibt sich nemlich, daß dieselben schon durch Eintrag vom 10. Juni 1853 offenkundig gemacht wurden, was dem in dem nämlichen kleinen Orte mit den Beklagten wohnenden Kläger die Möglichkeit gewährte, schon damals, mithin über ein Jahr vor der erst am 8. September 1854 stattgehabten Einreichung der Anfechtungsklage Kenntniß von jenen Verträgen zu erlangen.

Da die Einhaltung dieser Klagefrist, wie jeder andern Nothfrist, von Amtswegen zu prüfen ist, so hat es keine weiteren Folgen, wenn die Verkäuferin, nemlich die Beklagte Wendelin Graf's Ehefrau, keine Vernehmlassung abgab, überdieß können die Kaufverträge nicht gegen sie allein, sondern nur gegen Verkäufer und Käufer zugleich für nichtig erklärt werden, und die beiden Käufer (die Beklagten Franz und Xaver Graf) haben einredend durch Berufung auf die Betreibungsakten des jetzigen Klägers gegen W. Graf's Ehefrau, Forderung betr., nachgewiesen, daß der Kläger schon am 25. Juni 1853 die wirkliche Kenntniß von den Kaufverträgen besaß, demnach die Frist des L.R.S. 1167a unzweifelhaft versäumt hat.

Wenn der Kläger sich gegen die Folgen dieser Versäumniß dadurch zu schützen sucht, daß er eine Unterbrechung und einen Stillstand der Verjährung behauptete, so ist Beides nicht nur thatsächlich unbegründet, sondern auch unerheblich, weil es sich in L.R.S. 1167a um eine Nothfrist handelt, bei welcher solche Vorgänge ohne Wirkung sind.

In dem Klagnachtrag und in der zweiten Instanz richtet der Kläger seinen Angriff auch gegen die Zahlungen an und für sich, indem er bald behauptet, daß sie wirklich zur Gefährde geschehen, bald aber, daß sie nur erdichtet seien.

Insofern aus Letzterem nach L.R.S. 1166 ein Anspruch auf die Bezahlung des Kaufpreises abgeleitet wird, bildet dies eine unerlaubte Klagänderung. (Pr.Ord. §. 1172. Z. 3. 5.)

Eine eigentliche Anfechtung der wirklich geschehenen Zahlungsleistung ist aber nicht statthaft, denn diese ist ein Theil des Kaufgeschäfts, und ist Letzteres durch den Fristenablauf unangreifbar geworden, so kann Kläger auch nicht mehr jenen einzelnen Theil desselben anfechten, da und sofern er nicht behaupten konnte, daß diese Zahlungen mit Hintansetzung eines obrigkeitlichen Beschlags, (L.R.S. 1242) geschehen seien.

Wäre dagegen die Zahlungsleistung nur erdichtet, so möge der Kläger den Kaufpreis nach L.R.S. 1166 fordern (was aber nach der obigen Bemerkung im vorliegenden Rechtsstreite nicht mehr zulässig war) und der Einrede der Zahlung, sowie den etwaigen Quittungen die Schutzrede der gefährdevollen Simulation entgegenhalten, wozu es einer Nichtigkeitserklärung dieser Akte nicht bedarf.

Demnach ist die Anfechtung der Zahlung in beiden Richtungen verwerflich. Auch haben die Beklagten Franz und Xaver Graf dargethan, daß selbst dieses Begehren nach L.R.S. 1167a versäumt ist.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß, Pr.Ord. §. 168 wurde, wie geschehen, erkannt.

Schließlich sei es uns gestattet, bei dieser Gelegenheit, eine Ansicht zu besprechen, welche in Annalen XX. S. 383. geäußert ist. Dort wird nemlich unterstellt, als ob der oberste Gerichtshof die Unterbrechung einer Verjährung mit der Einreichung der Klage habe eintreten lassen. Die bestimmten Vorschriften von Pr.O. §. 284. Z. 7. und L.R.S. 2244 zeigen aber, daß erst die Zustellung der Ladung diese Wirkung hat, und daß daher der dort mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidung unmöglich eine davon abweichende Auffassung zu Grunde liegen kann. Die Sache erklärt sich auch sehr einfach dadurch, daß es sich in jenem Falle um die Einhaltung der einjährigen Frist zur Anstellung der actio Pauliana handelte, und daß hiebei nicht die Grundsätze über Verjährung, sondern die Grundsätze über prozessualische Nothfristen Anwendung finden und hinsichtlich deren Einhaltung bekanntlich nicht die Zustellung an den Prozeßgegner, sondern lediglich die Zeit maßgebend ist, in welcher die betreffende Handlung bei Gericht vorgenommen wurde. (Annalen XX. S. 360. No. VI. Annalen XXI. S. 378. No. 3.) Die Rechtzeitigkeit einer Appellationsanzeige z. B. hängt nur davon ab, wann sie bei Gericht schriftlich eingereicht oder mündlich zu Protokoll gegeben worden ist.

Dr. Puchelt.

IV.

1) Der Anspruch auf die Abtragssumme (Eheordnung §§. 15. 16) ist unabhängig von dem Nachweise eines Schadens.
2) Beweislast hinsichtlich des Grundes der Auflösung des Eheverlöbnisses.
3) Richterliches Ermessen bei Prüfung der hierüber geführten Beweise.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die gemäß L.R.S. 311 a auch jetzt noch gültigen §§. 15 und 16 der Eheordnung vom 15. Juli 1807 geben durch ihre Fassung dem Zweifel Raum, ob die Forderung der Abtragssumme von der Voraussetzung abhänge, daß derjenige Theil der früheren Verlobten, welcher darauf Anspruch macht, den Beweis oder wenigstens die Bescheinigung liefert über Anschaffungen und Auslagen, welche er nach einstimmig gelöstem Trauschein wegen der abzuschließenden Ehe gemacht hat? Entgegen der Ausführung in Annalen Jahrgang XXI. No. 26, welche neuerdings wieder die Nothwendigkeit einer solchen Bescheinigung oder Beweisführung darzuthun sucht, ist durch den Aufsatz in oberhofger. Jahrbüchern n. F. Jahrgang XIII. S. 438 ff. überzeugend nachgewiesen, daß die Auslegung des Gesetzes nach Geist und Absicht und mit Rücksicht auf eine vernünftige Zweckmäßigkeit (Abschneidung kleinlicher und peinlicher Streitigkeiten) dazu führen müsse, die Abtragsforderung nicht an jene Voraussetzung zu binden. Indem man sich im Allgemeinen auf den letzteren Aufsatz beruft, bedarf es nur der Erwähnung, daß diese Auffassung schon dadurch gerechtfertigt ist, daß in §. 16 der Eheordnung ein niederster Betrag der Abtragssumme festgesetzt ist, was keinen Sinn hätte, wenn man der gegentheiligen Ansicht huldigte, denn es ergebe sich dann die Sonderbarkeit, daß im Falle des Beweises einer diesen niedersten Betrag nicht ganz erreichenden Summe von Schaden und Kosten entweder dem klagenden Theile eine höhere Ersatzsumme zuerkannt, oder derselbe trotz des wirklich erlittenen Schadens abgewiesen werden müßte, weil der Richter unter jenen niedersten Betrag nicht herabgehen darf.

Die Worte des Gesetzes, welche man, namentlich auch in den unterrichterlichen Entscheidungsgründen, für die entgegengesetzte Meinung geltend macht, enthalten lediglich die Motive des Gesetzgebers, welche nach der zur Zeit des Erscheinens der Eheordnung bestehenden Uebung häufig in das Gesetz selbst aufgenommen wurden, wie schon §. 14 der Eheordnung selbst zeigt.

Die Stelle des §. 14 Eheordnung, „aber auch erst von da an (nach Lösung des Trauscheins) dürfen Anschaffungen auf Gefahr und Ersatz des etwa noch reuig werdenden Theils gemacht werden" bilden lediglich eine Art von Warnung an die Unterthanen, daß sie vor der Lösung des Trauscheins sich nicht mit Ausgaben beschweren sollen, weil sie, wenn ungeachtet des Verlöbnisses die Lösung des Trauscheins nicht erfolgte, keinen Anspruch auf die Abtragssumme haben.

Demnach hat der Unterrichter mit Unrecht der Klägerin den Beweis auferlegt, daß sie seit Lösung des Trauscheins Anschaffungen für die beabsichtigte Ehe gemacht habe, und hat mit Unrecht sein abweisliches Urtheil auf das Mißlingen dieses Beweises gegründet.

Dessenungeachtet erscheint aber die Klägerin in der Sache selbst nicht als beschwert. Nach §. 15. 16 der Eheordnung gehört es nämlich wesentlich zur Rechtfertigung ihres Anspruchs, daß der Beklagte es war, welcher von der verabredeten Ehe zurücktrat, und diese Klagbehauptung hatte der Beklagte mit dem Zusatze widersprochen, daß die Klägerin selbst das Scheitern der Eheberedung verschuldet habe. Es durfte daher nicht blos, wie der Unterrichter that, dem Beklagten der Beweis jenes Verschuldens der Klägerin aufgegeben werden, sondern es war auch der Klägerin der Beweis über das Zurücktreten des Beklagten aufzutragen, was durch die diesseitige Beweisauflage vom 24. Febr. l. J. nachträglich geschehen ist.

Der beiderseits angerufene Zeuge, Bürgermeister Huber, hat nun zwar angegeben, daß bei einer Unterhandlung zwischen beiden Theilen über die Bestimmungen des beabsichtigten Ehevertrags Uneinigkeiten entstunden, und in Folge dessen der Beklagte zuerst die Absicht, von der Eheberedung zurückzutreten, äußerte, aber es ergibt sich auch aus dessen Aussagen, daß der Beklagte vor Beginn des Zwists zum Eheabschluß ernstlich bereit war, und zu jener Aeußerung durch die wirklich ungebührlichen Ansprüche der Klägerin auf Einräumung von Vermögensvortheilen veranlaßt worden ist.

Da nach §. 16 der Eheordnung „das billige obrigkeitliche Ermessen" über die Frage der Schuld am Rückgang entscheidet, so genügt die Aussage dieses einen Zeugen, aus welcher mindestens ein ungefähr gleiches Verschulden beider Theile zu ersehen ist, um diesen Sachverhalt

als erwiesen anzunehmen, wodurch zufolge eben jener Gesetzesstelle die Abtragsforderung sich als verwerflich darstellt.

Auf die beiderseitige Eideszuschiebung kommt daher nichts mehr an, übrigens wäre jene der Klägerin jedenfalls unzulässig, weil sie nicht über bestimmte Thatsachen geschah, sondern eine Schlußfolgerung, ein Urtheil enthält. Pr.O. §. 522.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten, gemäß Pr.O. §. 168 wurde, wie geschehen, erkannt. (Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 5. Mai l. J. In Sachen der Wittwe Bächle gegen Mathias Schilli.)

Dr. Puchelt.

V.

1) Dem Käufer einer im Zwangswege versteigerten Liegenschaft haften die Gläubiger, welche durch ihr Betreiben die Zwangsversteigerung bewirkten und deren Erlös beziehen, nicht für Uebertragung und Gewähr des Besitzes des Kaufobjekts. Pr.O. §. 1026.

2) Die Aufhebungsklage wegen verspäteter Uebergabe der Liegenschaft findet daher auch nicht gegen die Gläubiger statt. L.R.S. 1610.

Wolf gegen Faist.

Auf diesen Sätzen beruht das oberhofgerichtliche Urtheil vom 24. April l. J. in rubricirter Sache.

Oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe.

Die Zwangsversteigerung ist ein gerichtlicher Akt, der zunächst nach Maasgabe der Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung, nicht aber unbedingt nach denjenigen Regeln zu beurtheilen ist, welche das Landrecht für freiwillige Privatverkäufe aufstellt.

Insbesondere erscheinen die Gläubiger, zu deren Befriedigung ein Gut des Schuldners verkauft wird, nicht als Eigenthümer und Verkäufer desselben und haben daher auch nicht diejenigen Verbindlichkeiten bezüglich der Uebertragung und Gewähr des Besitzes auf sich, welche dem Eigenthümer und Verkäufer bei einem Privatverkauf obliegen.

(Vergl. §. 1026 d. Pr.Ord.)

Der Käufer hat sich wegen Einweisung in den Besitz an den Vollstreckungsbeamten zu wenden, und wenn er dieses unterläßt und deßhalb nicht in den Besitz gelangt, so kann darin kein Grund liegen, die Gläubiger auf die Vertragsauflösung, d. h. Aufhebung der Versteigerung wegen Nichterfüllung des Vertrags nach L.R.S. 1184 zu belangen. Diese können nach Umständen nur auf Schadloshaltung belangt werden, wenn und soweit ihnen eine rechtswidrige Handlung zur Last fallen sollte, die als Ursache einer Beschädigung des Steigerers anzusehen wäre.

Aus diesen Gründen findet die vom Kläger gegenüber den Gläubigern begehrte Vertragsauflösung nicht statt, weßhalb, wie geschehen, erkannt wurde.

X.

Anmerkung der Redaktion.

Nachdem bei der zweiten Zwangsversteigerung dem Meistbietenden der endliche Zuschlag ertheilt worden war, hatten die im §. 1020 der P.O. genannten Behörden das Weitere vorzukehren. Weil aber einer der Gläubiger den Zuschlag eines Formfehlers wegen als ungiltig anfocht (P.O. §. 1021), so unterblieb die Vorlage des Versteigerungsprotokolls an die Staatsschreiberei, wie die Ausfertigung der Steigerungsurkunde selbst und somit die Einweisung des Steigerers in den Besitz und Genuß des Guts, welches während der Dauer des Prozesses im Werthe sehr gesunken ist. Wie nun die Gläubiger des exequirten Schuldners, nach endgültiger Abweisung der Anfechtungsklage, die Bezahlung der verfallenen Zieler des Kaufschillings von dem Steigerer verlangten, trat dieser gegen sie mit einer Klage auf, worin er den L.R.S. 1610 für sich anrief und die Aufhebung des Kaufs wegen verspäteter Uebergabe des Guts begehrte. Diese Klage war aber nicht begründet, weil nebstdem, daß für die processualischen Schritte des einen Gläubigers die anderen nicht einzustehen hatten, die Verzögerung hauptsächlich der eigenen Unthätigkeit des jetzigen Klägers zugeschrieben werden mußte, da er nichts gethan, um die Ausfertigung der Steigerungsurkunde zu erwirken und sich in den Besitz des Gutes zu setzen.

Der Unterrichter wies die Klage ab, weil die Beklagten hinsichtlich der Uebergabe des Guts kein Verschulden traf, das großh. Hofgericht bestätigte, weil es den Beklagten gegenüber an einer Verzugsetzung fehlte und das großh. Oberhofgericht trat aus den oben mitgetheilten Gründen den Entscheidungen der vordern Instanzen bei.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 23.** **Mannheim, 2. Juni 1855.**

I.

Von der Bestechung. *)

Die Bestechung, von welcher der Tit. 49 unseres St.G.B. handelt, ist als ein Verbrechen öffentlicher Diener bezeichnet. Dasselbe fällt in die Categorie jener Vergehen, welche nur vorsätzlich und in Folge der Mitwirkung Anderer begangen werden können, wie z. B. der Zweikampf oder die Bigamie, welche sich ohne die Person, mit der man sich schlagen oder mit der man eine Doppelehe eingehen will, nicht denken lassen.

Begriff.

Man begeht das Verbrechen, wenn man einem öffentlichen Diener, welcher sich in der Lage befindet, einen Betheiligten zum Nachtheil eines Andern oder des Staates zu begünstigen, Geld oder Sachen oder andere Vermögensvortheile — selbst von unbedeutendem Geldwerthe, — gibt oder verspricht, damit er bestimmte in seinen Wirkungskreis einschlagende Amtshandlungen vornehme oder unterlasse, und dieser sofort das ihm angebotene Geschenk annimmt, oder zur Annahme desselben sich bereitwillig zeigt. **)

(§. 662—664 des Strafges.)

*) Letzter Aufsatz des Herrn Hofrichters v. Kettenacker, welcher kurz nach dessen Vollendung und vor der Unterschrift desselben, am 6. Juni l. J., zu den Vätern versammelt wurde.

Wir verehren diesen Beitrag als ein theures Vermächtniß des Verblichenen, dem wissenschaftliche Beschäftigung selbst im hohen Alter noch reges Bedürfniß war.

Sanft ruhe Er nun in Frieden, wie Er, voll Herzensgüte und Freundlichkeit, mit Jedermann in Frieden gelebt hat!

Die Redaction.

**) Commissionsbericht des Abgeordneten Sander S. 7.

„Es ward nämlich besprochen, ob man nicht für die im Entwurf zur Bestechung verlangten Vermögenstheile ganz allgemein Vortheile setzen sollte, indem sich ganz gut eine Bestechung denken ließe, die nicht für Geld oder wirkliche Vermögensvortheile ausgerichtet werde. Allein! wenn man dieses auch zugeben kann, so ist es auf der andern Seite auch richtig, daß damit der Begriff der Bestechung zu weit ausgedehnt werden könnte, indem man am Ende jeden geringfügigen nur gesellschaftlichen Vortheil der Ehre, des Lobs, der Dankbarkeit verstehen müßte. Und wenn man noch bedenkt, daß in den meisten Fällen ein solcher gesellschaftlicher Vortheil, so wie er nur etwas erheblich ist, sich auf eine oder die andere Weise auch als ein wenigstens mittelbarer Vermögensvortheil darstellen wird, so konnte man sich mit den zur Bestechung verlangten Vermögensvortheilen um so mehr zufrieden geben, als eben in ihrer unbeschränkten Satzung die mittelbaren Vermögensvortheile eben so gut darunter zu finden sind, als die unmittelbaren sogleich in Geldeswerth auszudrückenden Vortheile.“ D. E.

Der Bestechende bewirbt sich hiermit um eine Begünstigung, welche ihm Vortheil, Anderen dagegen Nachtheil bringt; oder er will sich blos eines besondern Diensteifers des öffentlichen Dieners versichern, ohne seiner Diensttreue zu nahe zu treten. *)

Für die Ausmessung der Strafe ist dieser Unterschied von der größten Wichtigkeit; für den Begriff ist er gleichgültig. Mit Recht hat der Gesetzgeber den Erfolg des Unternehmens von dem Begriffe des Verbrechens ausgeschlossen; denn die Thatsache einer Stipulation, welche die Dienste eines öffentlichen Dieners als feil und käuflich darstellt, reicht an und für sich zu, die Amtswürde zu verletzen, und dem öffentlichen Diener das für das Gedeihen seiner amtlichen Wirksamkeit unentbehrliche Vertrauen der Amtsuntergebenen zu entziehen. Und gerade diese Folge eines ungerathenen Verkehrs zwischen der obrigkeitlichen

*) Ausführlicher Commentar zu Feuerbach's Lehrb. von Morstadt, nach dessen Tod vollendet von Dr. Ed. Ofenbrüggen, Prof. der R. zu Zürich, J. 1855 §. 479 b S. 786:

„entweder um sich der Pflichterfüllung des Beamten zu versichern, oder denselben von seiner Pflicht abwendig zu machen.“ D. E.

Behörde und den Parteien soll und wollte das Strafgesetz verhüten. *)

Unterscheidung derselben von andern verwandten Verbrechen.

Die Bestechung unterscheidet sich

a. Von der unerlaubten Geschenkannahme, dadurch, daß hier das Geschenk für eine bereits vollzogene Amtshandlung gewährt und ohne Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde angenommen wird; daß es von nicht unbedeutendem Geldwerth sein soll, den Fall ausgenommen, wo der Beamte durch pflichtwidrige Verzögerung von Amtshandlungen den Betheiligten zur Freigebigkeit bestimmt hat, endlich auch dadurch, daß der Empfänger hier allein als Subjekt des Verbrechens behandelt, der Geber daher in keiner Weise als Theilnehmer an demselben bestraft wird.

(§. 667 u. 668 des St.G.B.)

b. Von der Erpressung.

Die Bestechung ist das gemeinschaftliche Verbrechen desjenigen, der besticht und desjenigen, der sich bestechen läßt; die Erpressung lastet einzig auf dem, der den Andern zum Zwecke eines widerrechtlichen Gewinnes mit gerichtlicher Anzeige (beziehungsweise mit andern empfindlichen Uebeln) bedroht.

Der Erpressung liegt eine direkte, der Bestechung eine indirekte Bedrohung zu Grunde; der Letztern kann sich nur ein öffentlicher Diener, der Erstern Jedermann theilhaftig machen. Bei der Erpressung will der Thäter den Andern zu einer bestimmten Leistung, zu welcher sich die Drohung wie das Mittel zum Zweck verhält, nöthigen. Er verbindet damit zugleich die Absicht eines widerrechtlichen Gewinnes. Dieses letzte Merkmal gehört nicht zum Thatbestande der Bestechung. Es ist darum keine Bestechung, wenn ich öffentliche Diener für Dienste honorire, welche mit ihrer amtlichen Stellung nichts gemein haben **), oder wenn diese für vollzogene Amtshandlungen mehr oder minder werthvolle Geschenke von Andern annehmen, oder wenn Jemand geängstiget durch Drohung mit Anwendung der Amtsgewalt sich zu Opfern herbeiläßt, welche er freiwillig niemals zugestehen würde. Ebensowenig können Personen, welche im eignen Interesse oder in jenem des öffentlichen Dieners, nicht zum Zweck der Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung, sondern mit Aussicht auf Theilnahme am Gewinn des Bestochenen, oder auf des letztern Auftrag 2c., das Zustandekommen der in Frage stehenden unerlaubten Convention vermitteln, den Bestechenden beigezählt werden, sie sind vielmehr als Socii, Coautores oder Fautores desjenigen zu betrachten, der sich bestechen läßt.

Versuch und Vollendung.

Auch bei diesem Verbrechen offenbaren sich zweierlei Arten strafbarer Handlungen, nämlich solche, wodurch es angefangen und solche, wodurch es ausgeführt wird. Von einem beendigten Versuche im Sinne des §. 107 des St.G.B. kann, weil, wie ich bereits oben bemerkte, das Eintreten des Erfolges nicht zum Begriffe des Verbrechens gehört, die Rede nicht sein. Nach dem gewöhnlichen, der Natur dieses Verbrechens angemessenen Gang tritt der Bestechende mit der Anfangshandlung auf, indem er das Geschenk zu dem angegebenen Zwecke anbietet, während der öffentliche Diener durch die Annahme das Verbrechen zur Ausführung bringt. Es hat sich jedoch — gestützt auf den §. 664 — hiegegen bereits die Ansicht Geltung zu verschaffen gesucht, daß in Ansehung des Bestechenden nach dem Wortlaute des Gesetzes die Merkmale des Verbrechens erschöpft seien, sobald er unter den §. 662 und 663 wesentlichen Voraussetzungen ein Geschenk angeboten oder versprochen hat.

Ich halte diese Ansicht (welche auch Henke a. a. O. S. 369 bezüglich auf die Doctrin und Praxis des gem. R. in Schutz nimmt, während sie Hefter in sei-

*) Motive zu §. 614 und 615 des Entw. S. 167.

v. Feuerbach, Lehrb., §. 479 b Note 2 des Herausgebers, Geh. Rath Dr. Mittermaier.

**) Henke, Handb. des Crim.R. und der Crim.Polit. 3. Th. S. 360:

„das aber versteht sich von selbst, daß von einer Bestechung nicht die Rede sein kann, weder auf Seiten des Anbietenden noch auf Seiten des Annehmenden, wenn der angebotene und angenommene Vortheil sich auf die Thätigkeit des Beamten außerhalb seiner Amtssphäre bezieht.“

Weiße, Rechtslex. S. 340:

„Geschenke, welche der Amtshandlung erst nachfolgen, sind nur dann als Bestechung anzusehen, wenn der Beamte sie erwarten konnte und danach die Handlung einrichtete. Also, wenn er durch irgend ein direktes oder indirektes Entgegen- oder Zuvorkommen den Betheiligten zur Bestechung zu verleiten wußte, ohne dabei eine Gewalt auszuüben, welche das Gesetz als eine Erpressung charakterisirt.“ D. E.

nem Lehrbuch S. 563 Note 7 verwirft, indem er sich dahin ausspricht, daß das Verbrechen bei der Annahme des widerrechtlichen Vortheils nicht nur Seitens des Beamten, sondern auch in Ansehung des Bestechenden vollendet sei, weil man außerdem nur sagen könne, er habe bestechen wollen, nicht aber, er habe schon bestochen, —) für unrichtig.*) Die §§. 662. 663 u. 664 stehen, was die Begriffsbestimmung anbelangt, im engen Zusammenhange, wenn sie auch bezüglich auf die Strafbestimmung der Verschiedenheit des Verschuldens wegen getrennt werden mußten. Aus diesen 3 §§. ergibt sich der Inbegriff der Bestandtheile, welche das Verbrechen der Bestechung ausmachen und es liegt daher um so weniger Grund vor, aus einer gemeinschaftlich verübten That blos deßhalb, weil ihre Urheber nicht gleich strafbar sind, zwei ihrem Umfang und Inhalt nach verschiedene Verbrechen hervortreten zu lassen, da doch gewiß erst durch die Annahme des Geschenkes das unerlaubte Geschäft, welches zwischen beiden Personen statt hat, als ein gemeinschaftliches zur Perfektibilität gelangt und die Regel: „der Versuch eines Verbrechens ist minder strafbar, als dessen Ausführung" keine Ausnahme gestattet. Darum dürfte wohl das fragliche Anerbieten, solange es nicht angenommen ist, nur als Versuch zu beurtheilen und die gesetzliche Strafe nach den hiefür bestehenden Vorschriften zu bemessen sein.

(§. 112 u. 113 der St.G.B.)

Erlaubt sich der öffentliche Diener den ersten Schritt, so sehe ich dessen Anforderung lediglich für die Erklärung an, daß er sich bestechen lassen wolle. Weißt der Betheiligte die Anforderung zurück, so liegt ein Versuch von Seite des Erstern vor; läßt sich hingegen der Letztere darauf ein, und kömmt ein Einverständniß zwischen ihnen zu Stande, dann bringt dieser das Verbrechen zur Ausführung und es tritt, wie bei dem Falle der Annahme des Anerbietens von Seiten des Bestochenen, die Strafe des vollendeten Verbrechens ein.

Ich bemerke, daß auch der von dem Abgeordneten Sander erstattete Commissionsbericht S. 8 das Versprechen des Bestechenden, dessen stillschweigende Annahme übrigens aus der bloßen Unterlassung eines ernstlichen Zurückweisens oder einer Anzeige, wozu der öffentliche Diener aus guten Gründen keineswegs verpflichtet ist, nicht gefolgert werden kann (eine Wahrheit, die übriges auch bei der Anforderung des öffentlichen Dieners zur Anwendung kömmt), einen Bestechungsversuch nennt, was zu dem Schlusse berechtigt, daß die Commission, welche sich mit Prüfung des Entwurfs befaßte, gewiß nicht von Ferne daran dachte, den Versuch bei diesem Verbrechen auszuschließen, und eine zweimalige Vollendung desselben in Antrag zu bringen.

Die Strafbarkeit der Bestechung

kann wohl keinem Anstand unterliegen. Man hat alle Ursache, das Strafgesetz zu loben, welches einer so heillosen Corruption und ihren Folgen mit rücksichtsloser Strenge entgegen wirkt. Allein es fragt sich: „soll man nur den öffentlichen Diener, der sich bestechen läßt, oder soll man auch den Bestechenden bestrafen. — Und — welches ist das dem Verschulden des Einen und des Andern entsprechende Strafmaß?

Feuerbach erklärt die Bestrafung des Bestechenden für gerecht, „denn die Bestechung nimmt ihren Anfang von dem Bestechenden. Sein Bieten ist Aufforderung zum Nehmen. Wo Niemand Lust hätte, zu bestechen, da würde Niemand bestochen sein." Ich erwiedere: man kann von der unerlaubten Geschenknahme dasselbe sagen und dennoch läßt hier das Gesetz den Geschenkgeber unbestraft!*) Derselbe bemerkt gleichwohl weiter:

„Da indessen der vollständige Begriff und das

*) Man vergl. Ofenbrüggen a. a. O. S. 787 u. 788 Note „Die übrigen neuern Criminalisten sind der mildern Ansicht, daß nach der Seile des Bestechenden das Verbrechen (die active Bestechung) erst mit dem Bestochensein von der andern Seite vollendet sei. Wächter hebt das obige Reichsgesetz (C.G. Visit. absch. v. J. 1713 §. 46) hervor und macht auch darauf aufmerksam, daß das röm. Recht wegen seiner besondern Grundsätze über Bestrafung des Versuchs hier nichts beweisen könne. Diese letztere Bemerkung erscheint überflüssig, da das röm. Recht wohl nirgends die in Rede stehende Handlung des Bestechenden an sich, wie eine consumirte Bestechung strafen will."

*) Auch der Zweikampf nimmt von der Herausforderung (welche nach unserm Strafgesetzbuch nicht einmal als Versuch bestraft wird) den Anfang. Das Verbrechen ist jedoch seiner Natur nach erst in dem Augenblick vollendet, wo beide Theile von den Waffen Gebrauch machten. Es wäre darum gewiß ein Mißgriff wenn man zwei Merkmale der Vollendung — eines dem Herausforderer, und das andere dem Herausgeforderten gegenüber angenommen, und den Zweikampf für vollzogen erklärt hätte, ehe es damit zum Anfange kam. D. E.

volle Gewicht der Strafbarkeit dieses Verbrechens blos in der Person eines Staatsbeamten zutrifft, so erscheint der Bestechende, nach seiner Strafbarkeit beurtheilt, blos als untergeordnete Nebenperson. Dieser verletzt nur gemeine Bürgerpflichten, jener auch noch den Amtseid, welcher ihn zur Unbestechlichkeit verpflichtet; der Bestechende ist Verführer, aber der Staatsbeamte hat die doppelte Pflicht, sich nicht verführen zu lassen. Ueberhaupt steht die Handlung des Bestechenden mehr unter blos polizeilichen Gesichtspunkten; nicht sowohl ihr inneres Wesen, als vielmehr die Gefahr, daß sie den Staatsbeamten zu Verbrechen verleiten möge, bestimmt ihre Strafbarkeit." *)

Ich halte diese Bestrafung für bedenklich. Für's erste glaube ich nicht, daß es nothwendig sei, der empfindlichen Strafe, womit der öffentliche Diener für den Fall bedroht wird, wenn er sich bestechen läßt, eine weitere an die Seite zu stellen, welche den Bestechenden trifft, das Uebel, welches die Strafgesetzgebung abzuwenden hat, liegt in der Bestechlichkeit des öffentlichen Dieners, denn ohne daß er durch sein Benehmen dazu Anlaß gibt, wird Niemand einen so entehrenden Antrag an ihn wagen. Nicht der Bestechende, der Bestochene ist der Verführer, und diesem, der zu dem Verbrechen der Bestechung noch jenes der Verletzung des Amtseides beigesellt, scheint mir der §. 662 hinreichende Schranken zu setzen. Für's zweite befürchte ich, daß die Bestrafung des Bestechenden geeignet sein möchte die strafrechtliche Verfolgung des öffentlichen Dieners in den Fällen zu erschweren, wo weder ein Dritter noch der Staat benachtheiligt ist, folglich nur der Bestechende ein Interesse daran haben könnte, daß das Verbrechen entdeckt und bestraft werde. **)

Schon die amtliche Stellung bildet eine Schutzwehre gegen Anzeigen und Anklagen, die wegen Bestechung gegen den öffentlichen Diener erhoben werden können. Kömmt dazu noch das besondere Interesse des Bestechenden, den Verbrecher nicht zu verrathen, weil er sich dadurch zum eigenen Ankläger machen würde, so wird man begreifen, daß ihn die Lust hiezu nicht anwandeln werde. Könnte man sich auf die Wirksamkeit der dem Bestechenden angedrohten Strafe verlassen, so wäre freilich durch den §. 664 dem öffentlichen Diener die Möglichkeit, sich bestechen zu lassen, abgeschnitten und seine Bestechlichkeit würde ihm in diesem Falle nicht zur Auszeichnung gereichen. Jene Fälle, welche seit der Herrschaft des neuen Strafgesetzbuches zum Vorschein gekommen sind, liefern jedoch den Beweis, daß hier, wie bei allen andern Verbrechen, das Strafgesetz nicht immer mit dem Erfolge der Unterdrückung des Verbrechens gekrönt wird, daß man also auf diese Eventualität, welche die Bestrafung des Beamten überflüssig machen würde, nicht rechnen kann.

Am härtesten scheint mir die Bestrafung des Bestechenden für ein Verbrechen des öffentlichen Dieners in dem Falle, wo der Betheiligte nichts Gesetzwidriges verlangt. Allerdings soll, wie Abegg mit vollem Rechte behauptet, der Beamte auch in diesem Falle seine Schuldigkeit erfüllen, ohne sich durch verwerfliche Motive bestimmen zu lassen. *)

Aber ich sehe nicht ein, mit welchem Rechte man die Partei für Motive verantwortlich macht, durch welche sich — nicht sie, sondern — der Beamte bestimmen läßt, und welche nur diesem zu Unehre gereichen. Ich weiß auch den Werth einer Politik nicht zu schätzen, welche, um die Wirkung einer dem öffentlichen Diener wegen ordnungswidrigem Benehmen angedrohten Strafe zu erhöhen, keine Rücksicht darauf nimmt, ob die dabei Betheiligten durch ihre Mitwirkung eine Gesetzwidrigkeit durchsetzen oder von sich abwenden wollten, da es doch gewiß billig wäre, sie in dem letzten Falle straflos zu lassen.

Das Gesetz hätte schon der Consequenz wegen den Grundsatz, den es §. 668 bezüglich auf die unerlaubte Geschenkannahme geltend macht, indem es den öffentlichen Diener, obgleich die Voraussetzungen des §. 667 bei ihm nicht eintreten, bestraft, wenn er den Betheiligten durch pflichtwidrige Verzögerung

---

*) Henke a. a. O. 3 Th. S. 361. 362. D. E.

**) Setzen wir den Fall: A. besticht den öffentlichen Diener B., damit er die angeordnete und von ihm vollziehbare Pfändung seiner Fahrnisse nicht vornehme, dieser nimmt das Geschenk an, nimmt aber gleichwohl die Amtshandlung vor, deren Unterlassung er zugesichert hat, vielleicht weil der Gläubiger ihn ebenfalls bestochen und den Schuldner überboten hat. Offenbar würde der durch B. verletzte A. hier Ursache finden, gegen den B. mit einer Anzeige aufzutreten, in so fern er mit den erforderlichen Beweisen gegen ihn versehen ist. Wird er es aber auch dann wagen, wenn er weiß, daß er sich damit selbst in das Gefängniß bringt? — D. E.

*) Lehrb. d. Strafr. Wissensch. §. 492 S. 626. D. E.

von Amtshandlungen zum Anerbieten oder Versprechen eines Geschenkes bestimmt hat, auch bei der Bestechung festhalten, demnach in der gleichen Verleitung zur Theilnahme an einer illoyalen Handlung einen Bestimmungsgrund, den Geschenkgeber nicht zu bestrafen, finden sollen.

Unser Strafedict vom Jahre 1803 bedrohte (Art. 52 bis 54) die Bestechung „da Jemand unerlaubter Weise Geld nimmt, um etwas, was er Amtshalber thun sollte, zu unterlassen, oder etwas zu thun, was er unterlassen sollte" (Rechtsfeilschaft) mit Ehrenentsetzung und beständiger Unfähigkeit zu Staatsdiensten: — Er wurde also nicht bestraft, wenn er Geld annahm, um etwas zu thun, oder zu unterlassen, was er Amtshalber zu thun oder zu unterlassen hatte. Man betrachtete die Bestechung als ein ausschließliches Verbrechen des öffentlichen Dieners, hielt nur den, welcher das Geld nahm, für strafbar *) und war somit weit davon entfernt, der Unterstellung Raum zu geben, daß zwischen dem, der besticht, und dem, der sich bestechen läßt, eine Gemeinschaftlichkeit des verbrecherischen Zweckes und der zur Erreichung desselben angewendeten Mittel nicht bestehe, daß daher hier, wie bei der Münzfälschung, wo der Eine ohne Verbindung mit dem Andern die Münze verfälscht und der Andere auf gleiche Weise die Münze mit dem Bewußtseyn, daß sie verfälscht ist, ausgibt, ein Doppelverbrechen anzunehmen sei.

Das

Resultat der bisherigen Erörterung

besteht also darin:

1) Die Bestechung ist ein Verbrechen des öffentlichen Dieners.
2) Dasselbe ist in dem Augenblick vollendet, wo a. der öffentliche Diener das ihm angebotene Geschenk, oder das Versprechen eines solchen ausdrücklich oder stillschweigend (d. i. durch concludente Handlungen), ferner: mittelbar oder unmittelbar annimmt, oder b. der Bestechende sich auf eine unzweideutige Anforderung des öffentlichen Dieners willfährig einläßt.
3) Das einseitige Anerbieten oder Anfordern begründet nur die Zurechnung der Handlung zum Bestechungsversuche.
4) Für die völlige Strafloserklärung des Bestechenden sprechen Grundsätze der Billigkeit und der Crim. Politik, namentlich in dem Falle, wenn sein Unternehmen kein Unrecht, keine Begünstigung, weder eines Andern noch des Staates bezweckt, derselbe sich vielmehr nur eines erhöhten Eifers des öffentlichen Dieners in Erfüllung seiner Berufspflichten in jenen versichern will, wo der Staatsdiener eine Saumseligkeit in Erfüllung seiner Berufspflichten an den Tag legt, welche das öffentliche nicht minder, wie das Privatinteresse des Bestechenden gefährdet.

Immerhin wird bei dem Stande der jetzigen Strafgesetzgebung dieser Umstand bei Ausmessung der Strafe zu berücksichtigen sein.

*) Es liegen jedoch Urtheile des großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreises von früherer Zeit vor, nach welchen auch der Geber neben Confiskation des Geschenkes in eine mäßige Geldstrafe (das Duplum, beziehungsweise Triplum des Geschenkes enthaltend) verfällt, die Handlung des Bestechenden dagegen, wenn der öffentliche Diener das Geschenk nicht annahm, als Versuch characterisirt wurde. D. E.

II.

1) Nach Nichtigerklärung eines Kaufs kann der laut Verweisung gezahlte Kaufpreis von dem Gläubiger, der die Zahlung empfangen hat, durch den Käufer, der sie geleistet hat, zurückgefordert werden.

L R S. 1377.

Vrgl. Laukhard, 8. Bd. S. 356, No. 53.

2) Welche Folge hat die Unterlassung der Streitverkündung für denjenigen, welcher den Streit verkünden konnte.

§. 107 Pr.O. Stabel, Vorträge über den bürgerlichen Prozeß §. 24. B.

Schmid, Handbuch des Civ.Pr. 1. Bd. §. 64, S. 163. 164. Ziff. 3.

3) Setzt der §. 1021 Pr.O. eine Verjährungsfrist fest?

Jahrb. n. F. X. No. 15, S. 223. 224.

Dem Lammwirth U. in Oberschüpf wurde im August 1853 auf Betreiben des Raphael D. Liegenschaften ver-

steigert und diese dem Gottfried G. um 725 fl. zugeschlagen, wovon er 660 fl. 27 kr. an den betreibenden Gläubiger zu zahlen angewiesen wurde. Als er dieser Verweisung entsprochen hatte, belangte ihn der Schuldner U. auf Nichtigkeit der Versteigerung. Nachdem diesem Gesuche gemäß erkannt war, forderte der Steigerer G. die an den Gläubiger D. geleistete Zahlung von diesem zurück, welcher die Statthaftigkeit der Klage bestritt und ihr verschiedene Einwendungen entgegen hielt.

Der Unterrichter erkannte aber nach dem Klagantrag und sein Urtheil wurde vom großh. Hofgericht des U.R.K. III. Civ.-Senat bestätigt.

Ich lasse einen Auszug aus den Entscheidungsgründen hier folgen:

1) Der Kläger kann von dem Beklagten nach L.R.S. 1377 die ihm geleistete Zahlung zurückfordern, welche er als Steigerer der dem Beklagten gepfändeten Liegenschaften zufolge der ihm zugegangenen Verweisung des Kaufpreises — an den Gläubiger des früheren Eigenthümers geleistet hat, nachdem der Kauf für ungültig erklärt und demzufolge mit der Entziehung des Kaufgegenstandes auch die Verbindlichkeit, den Preis dafür zu entrichten, — demnach der Grund der dem Beklagten geleisteten Zahlung — weggefallen ist.

Zachariä, französ. Civil-Recht, Bd. II. §. 442. Note 2.

Zur Zeit, als der Kläger die Zahlung leistete, war er zwar nicht im Irrthum; wenn aber derjenige, der sich im Irrthum für den Schuldner hielt, bei besserer Einsicht das in jener irrigen Unterstellung Gezahlte von dem Empfänger zurückfordern darf, so muß auch demjenigen, welcher eine rechtmäßige Ursache zur Zahlung hatte, die nach der Zahlung ohne sein Verschulden weggefallen ist, jenes Recht zukommen.

2) Der Kläger hat unterlassen, in dem gegen ihn selbst von dem Eigenthümer jener Liegenschaften wegen Nichtigkeit der Versteigerung geführten Streite dem Beklagten, welchem er damals schon Zahlung geleistet hatte, den Streit zu verkünden, obschon er hiezu durch §. 107 der Pr.O. veranlaßt war; denn die Streitverkündung wird nicht durch eine gelegenheitlich geschehene mündliche Erörterung bewirkt.

Eine Verpflichtung zur Streitverkündung durch das Gesetz lag für den Kläger nicht vor, daher kann der §. 109 der Proz.Ord. auf ihn keine Anwendung finden.

Der §. 107 der Pr.O. enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, wenn die Partei, welche zur Streitverkündung berechtigt war, solche unterläßt; doch folgt aus dem zweiten Absatze dieses §., daß der Dritte, welchem der Streit hätte verkündet werden können, aber nicht verkündet worden ist, den Rechtsstreit nicht als wohlgeführt und das Urtheil nicht als wohlgefällt auch gegen sich gelten lassen muß.

Welche Folge dies bei der gesetzlich gebotenen Streitverkündung hat, ist in §. 108 der Pr.O. ausgesprochen, wo dem von der Rechtskraft des Urtheils nicht berührten Dritten gestattet ist, Vertheidigungs- und Beweismittel nachzuweisen, deren sich die zur Streitverkündung verpflichtete Partei hätte bedienen können, aber nicht bedient hat.

Wenn für den zur Streitverkündung Verpflichteten die wegen Unterlassung derselben unterbleibende Ausdehnung der Rechtskraft des Urtheils keine schlimmere Folge hat, als die im §. 108 angedrohte, so kann für denjenigen, der nur die Befugniß zur Streitverkündung auszuüben unterließ, aus dem Mangel der Ausdehnung der Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Urtheils auf seinen Gewährsmann auch kein größerer Nachtheil folgen.

Der Beklagte durfte daher dem Kläger wohl Mangelhaftigkeit seiner Vertheidigung nachweisen, allein nicht die Richtigkeit der für den Kläger rechtskräftigen Entscheidung angreifen.

s. Commissionsbericht der I. Kammer Beil. No. 131 zum Pr. der 23. Sitzung v. 5. Nov. 1850 zu den §§. 113 u. 114.

3) Der Beklagte hat die Begründung der gegen ihn erhobenen Klage unter Hinweisung auf §. 1021 d. Pr.O. mit der Ausführung beanstandet, die Versteigerung habe zur Zeit der ihm geleisteten Zahlung (23. September) nicht mehr angefochten werden können. Mit der Behauptung dieser, an sich wahren Thatsache hat er also nicht beabsichtigt, dem Kläger die Versäumung einer aus §. 1021 der Pr.O. sich ergebenden Einrede in dem über die Nichtigkeit der Versteigerung geführten Rechtsstreite entgegen zu halten. Allein, selbst wenn man in diesem Vorbringen des Beklagten eine Andeutung der Einrede finden wollte, daß die Nichtigkeitsklage des Eigenthümers der versteigerten Liegenschaften gegen den Beklagten erst nach Ablauf der in jenem §. (vrgl. §. 927 Pr.O.) bezeichneten Frist, also verspätet erhoben worden sei, und

daß der Kläger unterlassen habe, damals mit dieser gesetzlichen Bestimmung sich zu vertheidigen, so könnte man aus dieser Unterlassung doch nicht folgern, der Kläger habe jenen Rechtsstreit nicht wohl geführt. Denn nur dann, wenn jener §. eine Verjährungsfrist festsetzen würde, hätte der Kläger in dem Rechtsstreit, den der Eigenthümer der dem Beklagten verpfändeten Liegenschaften wegen Nichtigkeit der Versteigerung derselben gegen ihn führte, die Einrede der Verjährung nach

§. 316 Pr.O. und

L.R.S. 2223

vorschützen müssen, und könnte der Beklagte ihm die Unterlassung des Gebrauchs dieses Vertheidigungsmittels entgegenhalten, um nachzuweisen, daß Kläger, weil er jenen Rechtsstreit nicht wohl geführt habe, aus der Entscheidung desselben keinen Anspruch gegen ihn ableiten könne.

Allein von der im Landrechte besprochenen Verjährung als einem Mittel, sich von der Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Grunde zu befreien, weil diese nicht in der gesetzlich bestimmten Zeit mittelst einer Klage geltend gemacht worden sei, L.R.S. 2219, ist die Versäumniß einer für die Ausübung eines Rechts durch die Pr.O. bestimmten unerstrecklichen Frist zu unterscheiden. Der §. 1021 Pr.O. setzt eine solche Frist für Erhebung von Klagen oder Beschwerden wegen behaupteter Fehler bei dem Vollstreckungsverfahren nur fest, um im öffentlichen Interesse die Sicherheit des Eigenthumserwerbs bei Zwangsversteigerungen thunlich zu befestigen, gewährt aber dem Steigerer nicht ein Mittel, sich von der Erfüllung einer Verbindlichkeit zu befreien. Den Ablauf einer solchen Frist hatte der Unterrichter von Rechtswegen zu berücksichtigen.

Troplong de la prescript. No. 27.

Daß er es nicht that, kann nicht dem Kläger zum Verschulden zugerechnet werden.

Hiernach fehlt die Nachweisung, daß mit Hilfe des Beklagten ein vortheilhaftes Erkenntniß für den Kläger durch Benützung von unbeachtet gebliebenen Vertheidigungs- oder Beweismitteln erwirkt worden wäre; es mußte also das unterrichterliche Urtheil bestätigt und der unterliegende Beklagte nach §. 168 Pr.O. auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden."

Stf.

III.

Bürge und Zähler.

Ueber die Bedeutung dieses Ausdrucks.

Stolz gegen Thomann.

Was der Ausdruck „Bürge und Selbstschuldner" zu bedeuten hat, lehrt der L.R.S. 2021 a. — Nicht eben so verhält es sich mit dem sehr häufig vorkommenden Ausdruck „Bürge und Zähler oder Selbstzähler," dessen Sinn schon verschieden ausgelegt worden ist.

So hat der oberste Gerichtshof in früherer Zeit angenommen, daß dieser Ausdruck mehr nicht als eine subsidiärische Zahlungsverbindlichkeit oder einfache Bürgschaft zu bedeuten habe. Von Hohnhorst, Jahrbücher III. 295.

Diese Ansicht ward auch in den Annalen VI. 321. von Sander vertheidigt.

Bei einem spätern Anlasse entschied das großh. Oberhofgericht, daß zwar „Selbstzähler" nicht gleich bedeutend mit „Selbstschuldner," daß aber doch der Bürge, welcher sich zugleich „als Zähler" verschreibt, der exceptio excussionis verlustig sei. Jahrbücher, n. F. III. 79.

Damit wurde die Auslegung adoptirt, welche Brauer Erläuterungen IV, 20 der fraglichen Formel gegeben hat.

Das Gleiche ist — nach einem Zeitverlauf von 20 Jahren bei gänzlich geändertem Personalstande — in obigem Falle geschehen, welcher am 31. Mai l. J. zur oberhofgerichtlichen Entscheidung gekommen war.

Nun wird man vielleicht fragen, worin denn eigentlich der Unterschied zwischen „Selbstzähler" und „Selbstschuldner" besteht? Wenn nemlich der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet oder sich mit dem Schuldner sammtverbindlich gemacht hat, so ist nicht nöthig, daß der Letztere zuvor auf sein Vermögen ausgeklagt werde, um im Falle der Erfolglosigkeit dieses Angriffs den Bürgen packen zu können. In so weit stehn also der sammtverbindliche und der auf die Vorausklage verzichtende Bürge einander ganz gleich. Allein die Worte des L.R.S. 2021:

„in welch letzterm Falle"

geben zu erkennen, daß nur der sammtverbindliche und daher namentlich der als Selbstschuldner unterzeichnete, nicht aber auch der auf die Voraus-

klage verzichtende Bürge, nach den Regeln der Sammtverbindlichkeiten beurtheilt werden soll

Und dadurch wird zwischen „Selbstzähler" und „Selbstschuldner" ein Unterschied begründet, welcher in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung sein kann, wie z. B. aus den L.R.S. 1203 und 1204 verglichen mit den L.R.S. 2025 bis 2027 a. zu ersehen ist. D. R.

IV.

Zu §. 1172. 1187 der Pr.O.

Diejenige Appellationsanmeldung, welche nicht in der gesetzlichen Frist geschehen ist, bleibt — ohne daß eine Verfallenerklärung zu ergehen hat — ohne alle Wirkung. Da jedoch diese Verspätung nicht schadet, wenn der Appellant die Appellationsbeschwerdeschrift in der gesetzlichen Frist einbringt,

§§. 1148. 1149 der Pr.O.

so wird zufolge des §. 1150 der Pr.O. der Unterrichter auch auf eine verspätete Appellationsanzeige die Akten einzusenden haben.

Kommt die Beschwerdeschrift rechtzeitig ein, so erläßt das Obergericht nach §. 1169 der Pr.O. die entsprechende Verfügung; kommt sie aber verspätet ein, so ist das in §. 1165 Pr.O. vorgezeichnete Verfahren einzuhalten. Wird in der gesetzlichen Frist von 42 beziehungsweise 21 Tagen keine Beschwerdeschrift eingereicht, so werden die Akten an den Unterrichter mit der Verfügung rückzusenden sein, daß der Appellationsanzeige, da sie verspätet eingereicht und auch die Appellationsausführung nicht in der gesetzlichen Frist eingebracht wurde, keine Wirkung beizulegen ist.

Wenn sich die abgekürzte Appellation zur Verhandlung vor dem Unterrichter eignet, so hat dieser auf die verspätete Anmeldung der Appellation den Ablauf der Frist zur Einbringung der Appellationsbeschwerdeschrift abzuwarten und wenn diese Schrift rechtzeitig einkömmt, nach §. 1186 der Pr.O. Verfügung zu erlassen, andernfalls — mag eine Beschwerdeschrift eingekommen sein oder nicht, die Acten dem Obergerichte vorzulegen, welches nach der ihm zukommenden Prüfung der Formalien auch in diesem Falle die Acten mit der ebenbezeichneten Verfügung rücksenden wird. Stf.

V.

Zum §. 1196 der Pr.O.

Die Vorschrift des §. 1196 der Pr.O., wonach im Rechtszuge der Oberappellation das Vorbringen neuer Thatsachen unzulässig ist, leidet drei Ausnahmen; indem

1) Einreden, deren thatsächlicher Grund erst so spät entstanden ist, daß sie in der vorigen Instanz nicht mehr geltend gemacht werden konnten, und
2) solche, durch welche der Mangel wesentlicher Voraussetzungen zur Rechtsbeständigkeit des Verfahrens gerügt wird,

in jeder Lage des Rechtsstreits und folglich auch in letzter Instanz noch vorgetragen werden dürfen.

Pr.O. §. 316 und §. 622. Annalen XXII. 84.

3) Soll im dritten Rechtszuge, um einer oberstrichterlichen Auflage (§. 1197) zu genügen, der Beweis durch Vermuthungen (z. B. über eine Gefährde) geführt werden, so ist das Vorbringen von Thatsachen der im §. 581 bezeichneten Art noch zulässig, wenn gleich davon in den vordern Instanzen keine Erwähnung geschehen war. — Oberhofgerichtliches Präjudiz in Sachen Götz gegen Heß vom 7. April 1855.

Dagegen findet das Nachbringen derartiger Thatsachen zur Befolgung einer Beweisauflage, die schon der Richter erster oder zweiter Instanz erlassen hat, im dritten Rechtszuge nicht statt. D. R.

VI.

Nach der Bestimmung in §. 903 Pr.O. steht dem früheren Gantmanne die exceptio beneficii competentiae nicht mehr zu; es enthält dieser §. vielmehr nur noch einen Vorbehalt zu Gunsten der nicht befriedigten Ansprüche, damit sie nach beendigter Gant von Neuem gegen den Schuldner betrieben werden können.

Annalen XXI. S. 187. 203. 257. 416. XXII S. 13. 120.

So erkannte der III. Senat des mittelrheinischen Hofgerichts einstimmig durch Urtheil vom 25. Mai l. J. in Sachen Guerra gegen Seeger.

Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 24.** **Mannheim,** 9. Juni **1855.**

I.

1) Gehört zur Gültigkeit eines Gemeinderathsbeschlusses, daß derselbe in das Rathsprotokoll eingetragen, und dieses von allen anwesenden Rathsgliedern unterschrieben wird?

Gemeindeordnung §. 43.
Annalen 1854, No. 47.

2) Ist einer der im §. 122 der Gemeindeordnung erwähnten Verträge der Gemeinde gegenüber auch dann verbindlich, wenn der Gemeinderath die öffentlichen um Lohn zu verrichtenden Arbeiten oder Lieferungen nicht in Steigerung vergeben hat?

3) Unerlaubte Vertragsursache.

L.R.S. 1108. 1133.

Die erste der hier gestellten Fragen ist so wichtig; daß es gewiß einer Entschuldigung nicht bedarf, wenn ich einige Entscheidungen derselben durch das mittelrheinische Hofgericht jetzt der Oeffentlichkeit übergebe, nachdem sich über die Auslegung des §. 43 der Gemeindeordnung eine andere Ansicht Geltung verschafft hat.

1. Fall.

Gerber Großholz von Rastatt klagte gegen die dortige Stadtgemeinde den Preis für Gewehrriemen, Patrontaschen und andere Armaturgegenstände ein, welche er zur Ausrüstung der Bürgerwehr geliefert haben will. Er behauptete, daß der Gemeinderath zu Rastatt in einer Sitzung vom 13. Juni 1849 die Anschaffung dieser Armaturgegenstände beschlossen, und die Vergebung der Lieferung an den Wenigstnehmenden im Summissionswege angeordnet habe, worauf er die Lieferung zugesagt erhalten und ausgeführt habe.

Die Vertreter der Gemeinde erklärten hierauf, es existire allerdings ein Eintrag im Rathsprotokoll vom 13. Juni 1849 und es sei damals auch die Rede davon gewesen, daß die vom Kläger behaupteten Anschaffungen gemacht werden sollten. Allein das Zustandekommen eines Gemeinderathsbeschlusses wurde bestritten, denn der Eintrag im Protokoll sei nur von drei Mitgliedern unterzeichnet. —

Zugleich wurde unter Anführung thatsächlicher Verhältnisse, deren Darlegung hier zuweit führen würde, die Einrede vorgetragen, die damaligen Mitglieder des Gemeinderaths hätten die Anschaffung dieser Armaturgegenstände zur Unterstützung des Maiaufstandes angeordnet und vollzogen. Dieß sei dem Kläger bekannt gewesen. Indem er daher die Anordnungen des Gemeinderaths ausgeführt, habe er die unrechte That seiner Mitglieder unterstützt, und deßhalb keinen Anspruch an die Stadtgemeinde nach L.R.S. 1133.

Der Unterrichter wies die Klage ab.

Der Oberrichter, das mittelrheinische Hofgericht, von anderer Ansicht ausgehend legte dem Kläger den Beweis auf, daß der Gemeinderath zu Rastatt in der Sitzung vom 13. Juni 1849 beschlossen habe, die fraglichen Armaturgegenstände anzuschaffen.

Im Beweisverfahren wurde das Gemeinderathsprotokoll vom 13. Juni 1843 producirt und anerkannt.

Die Beklagte wurde nun unter der Bedingung der Verweigerung des ihr über die Lieferung zugeschobenen Eides zur Zahlung verurtheilt. Die

Entscheidungsgründe

sagen über das Ergebniß des Beweises des widersprochenen Gemeinderathsbeschlusses:

Dieses anerkannte Protokoll enthält vollständig die zum Beweise ausgesetzten Thatsachen. Es ist zwar dagegen eingewendet worden, es sei nur von drei Gemeinderäthen unterschrieben. Allein dieses ist unerheblich, da dasselbe sonst in gehöriger Form verfaßt ist, und die Anwesenheit sämmtlicher Gemeinderathsmitglieder bei der Verhandlung und Beschlußfassung beurkundet, was genügt.

II. Fall.

Die Handlung Fleig und Dottenhofen klagte gegen die Stadtgemeinde Rastatt den Kaufpreis für 5 Fäßchen Pulver ein. Sie behaupteten der Verkauf sei durch Vertrag vom 31. Mai 1849 mit dem Gemeinderath abgeschlossen worden, und beriefen sich zum Beweise auf das Gemeinderathsprotokoll von jenem Tage.

Die Beklagte gab zu, daß der Kaufvertrag in der angegebenen Weise projektirt worden sei, erklärte aber nicht zu wissen, ob ein förmlicher Kaufvertrag zu Stande gekommen sei.

Es liege zwar ein Gemeinderechtsprotokoll von jenem Tage vor, allein diese Urkunde sei nur von drei Gemeinderathsmitgliedern unterzeichnet, während nach dem Eingange des Protokolls außer dem Bürgermeister neun Gemeinderathsmitglieder anwesend gewesen seien — und in der mündlichen Verhandlung wurde von dem Anwalte des Beklagten noch weiter ausgeführt, daß der Vertrag in der abgeschlossenen Weise die Gemeinde nicht binde; denn es sei die fragliche Lieferung nicht mittelst Steigerung bewerkstelligt, und die zur Umgehung einer solchen erforderliche Zustimmung des Bürgerausschusses nicht eingeholt worden.

Das mittelrheinische Hofgericht hielt diese Einwendungen für unerheblich.

Bezüglich der ersten aus Gründen, wie sie oben in der Sache Großholz gegen Rastatt angeführt sind. Ueber die zweite Einwendung ist Folgendes gesagt:

Nach §. 122 der Gemeindeordnung hat der Gemeinderath die Vollmacht, Verträge, wie der vorliegende, für die Gemeinde einzugehen. Schließt er solche Verträge in allgemein gesetzlicher Form ab, so verpflichten dieselbe die von ihm vertretene Gemeinde. Wenn nun der erwähnte Paragraph der Gemeindeordnung vorschreibt, daß gewisse Verträge in der Regel nur auf dem Wege einer Steigerung abgeschlossen werden sollen, so ist darin nur eine von dem Gemeinderathe zu befolgende Geschäftsform enthalten, für deren Befolgung er der Gemeinde gegenüber verantwortlich ist, deren Außerachtlassung aber das Rechtsverhältniß, welches der Gemeinderath innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse mit einem Dritten durch einen Vertrag gegründet hat, nicht berührt, eben weil der Gemeinderath gesetzlich ermächtigt ist, einen solchen Vertrag für die Gemeinde abzuschließen, ohne daß die Gültigkeit eines derartigen Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der in Rede stehenden Geschäftsform abhängig gemacht ist.

Anderst verhielte sich die Sache, wenn eine Liegenschaft für die Gemeinde erworben, oder eine Liegenschaft der Gemeinde veräußert sein sollte, insofern hiezu nach dem §. 114. 115 Gemeindeordnung die Zustimmung der Gemeinde erforderlich ist. In einem derartigen Falle könnte der Gemeinderath ohne besondere Vollmacht der Gemeinde diese nicht verpflichten, eben weil seine gesetzliche Vollmacht nicht soweit geht. Es würde alsdann an der erforderlichen Einwilligung der Gemeinde in den Vertrag fehlen, und ein solcher Vertrag wäre daher nach L.R.S. 1108 der Gemeinde gegenüber von keiner Rechtswirkung.

III. Fall.

Die Klägerin, als Rechtsnachfolgerin des Blechner Unkel, begehrte von der Stadtgemeinde Rastatt den Preis für Lieferung von Flintenkugeln. Die Beklagte bestritt, daß durch einen giltigen Gemeinderathsbeschluß die Lieferung dieser Munition angeordnet worden sei. Es mußte auch kläger'scher Seits zugestanden werden, daß die Protokolle über die Sitzung des Gemeinderaths vom 26. Mai 1849, in welcher die Anschaffung dieser Munition beschlossen, und die vom 5. Juni, in welcher die Lieferung an Unkel vergeben wurde, nicht den Vorschriften der Gemeindeordnung gemäß abgefaßt sei, denn das Protokoll vom 26. Mai ist nur von 2 Gemeinderäthen, das vom 5. Juni gar nur vom Rathschreiber unterzeichnet.

Das mittelrheinische Hofgericht wies darauf hin die Klage ab. Die

Entscheidungsgründe

sagen hierüber: Der §. 43 der Gemeindeordnung schreibt gebietend vor:

> Das Rathsprotokoll muß von allen anwesenden Rathsgliedern unterzeichnet werden.

Indem nun der Gesetzgeber diese Form der Beurkundung eines Gemeinderathsprotokolls ausdrücklich und gebietend vorschrieb, wollte er eine Garantie dafür geben,

daß nicht solche Beschlüsse zum Vollzuge kommen, zu welchen nicht die in Absatz 1 und 3 des §. 43 der Gemeindeordnung geordnete Mehrheit ihre Zustimmung gegeben hat. Nur solche Gemeinderathsbeschlüsse gelangen daher einer Gemeinde gegenüber zu verbindlicher Kraft, welche in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise protokollirt worden sind, nur sie geben dafür eine Garantie, daß nicht nach dem Vollzuge eines solchen Beschlusses die Gemeinde bestreitet, es sei der in Frage stehende Beschluß in gesetzlicher, d. h. in der Weise zu Stande gekommen, daß mehr als die Hälfte der Mitglieder den Bürgermeister nicht eingerechnet erschienen ist, und die absolute Mehrheit der Erschienenen den Beschluß gefaßt hat.

Die Einrede, daß der Vertrag, dessen Vollzug durch die Klage begehrt wurde, auf einer unerlaubten Vertragsursache beruhe, und deßhalb nach L.R.S. 1108 1133, nicht zu Recht bestehe, hielt im ersten Falle der Unterrichter für begründet. Er wies die Klage ab, weil er in dem Verfahren des Gemeinderathes eine unrechte That erblickte. Durch den Abschluß des Vertrags habe er daher die von der Gemeinde ihm übertragene Vollmacht überschritten, und somit die Stadtgemeinde dadurch nicht verpflichten können.

Das mittelrheinische Hofgericht sagte dagegen in seinen Entscheidungsgründen hierüber:

„Wenn der Gemeinderath der Stadt Rastatt den behaupteten Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen hat, so handelte er nach §. 122 der Gemeindeordnung innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse, und verpflichtete daher auch damit die von ihm vertretene Gemeinde, ohne daß es dem Kläger gegenüber darauf ankäme, ob der Gemeinderath alsdann von dem gekauften Gegenstande einen guten oder bösen Gebrauch machte. Die Einrede, daß der Vertrag auf einer unerlaubten Vertragsursache beruhe, erscheint daher als unerheblich." —

Auch im 2. und 3. Falle war dieselbe Einrede vorgetragen, und im Wesentlichen auf gleiche Weise thatsächlich begründet worden. Im zweiten Falle, wo es sich um den Ankauf einer verhältnißmäßig doch sehr bedeutenden Quantität Pulvers handelte, und wo der Vertrag durch den in Karlsruhe wohnenden Geschäftsführer der würtembergischen Handlung abgeschlossen wurde, welcher die Verhältnisse in Rastatt in jenem verhängnißvollen Monate offenbar kannte, motivirte das Hofgericht die Verwerfung der Einrede in folgender Weise:

„Das in Rede stehende Rechtsgeschäft des Verkaufs von Pulver ist ein durchaus erlaubtes. Wenn auch der damalige Gemeinderath der Stadt Rastatt das fragliche Pulver zur Ausführung hochverrätherischer Unternehmungen anschaffte, so hat dieses doch keinen Einfluß auf das vorliegende Rechtsgeschäft, dem wie bemerkt, keine unerlaubte Vertragsursache zu Grunde liegt. Zu welchem Zweck der Gemeinderath das Pulver kaufte, ist hier unerheblich, denn dieses gehört nicht zur Vertragsursache im rechtlichen Sinne."

Im dritten Falle hat sich der Gerichtshof über die Begründetheit dieser Einrede nicht ausgesprochen, weil die Klage schon aus dem oben angeführten Grunde abgewiesen wurde. Hier hatte sich übrigens noch eine besondere Schwierigkeit ergeben. Unkel war nämlich wegen Theilnahme an den hochverrätherischen Unternehmungen des Jahres 1849 zu Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Die Entscheidungsgründe führten aber aus, daß gerade der hier in Frage stehende Verkauf von Flintenkugeln den Thatbestand des Hochverrathes nicht ausmache, weil dieser Verkauf in Ausübung des Gewerbes des Unkel geschehen sei.

Die Richtigkeit der in den Fällen 1 und 2 gegebenen Entscheidung dürfte nicht über allen Zweifel erhaben sein. Die Vertragsursache (la cause, nach der Uebersetzung Gerhardi's, der Grund) kann nicht gleichbedeutend sein mit der Vertragsart. Kauf, Miethe, Gesellschaftsvertrag sind erlaubte Verträge, und doch wird der Kauf einer verbotenen Waffe, die Miethe eines Schmuggeldienstes, der Gesellschaftsvertrag durch Hinderung des Verkehrs den Brodpreis zu steigern, und durch An- und Verkauf zu gewinnen, dem L.R.S. 1123 unterworfen sein. *)

Die nächste zum Handeln antreibende Ursache (La cause) ist beim Kauf und Tausch das an sich erlaubte Streben der Erlangung eines Werthes durch Hingabe eines Gegenwerthes. Wenn aber dieses Streben auf dem Grunde beruht, mit dem zu erlangenden Werthe einen durch das Staats- oder Sittengesetz verbotenen Zweck zu verfolgen, dann wird das Streben — das Streben nach

*) So führt Gilbert Code annoté Urtheile französischer Gerichtshöfe an, welche Verträge, abgeschlossen im Namen eines emigrirten französischen Prinzen über Bewaffnung von Truppen, welche gegen Frankreich dienen sollten im Jahr 1833 für ungültig erklärten.
D. E.

Bereicherung im weiteren Sinne — selbst verboten oder unsittlich; der darauf beruhende Vertrag fällt alsdann unter den Satz 1133. Schon Brauer (Erläuterungen III. 1. Zusatz zu L.R.S. 1133) weist darauf hin, daß die Unerlaubtheit der Vertragsursache beiden Theilen gemein, oder nur in einer Vertragsperson vorhanden sein könne.

Hat nun in den drei vorliegenden Fällen der Rastatter Gemeinderath den Zweck gehabt, durch den Ankauf von Armatur- und Munitionsgegenständen die Revolution zu befördern, so war auf Seite des Käufers die Vertragsursache, der Vertrags*grund* gewiß ein unerlaubter: und ebensowenig dürfte darüber ein Zweifel bestehen, daß, wenn der Verkäufer bei dem Verkaufe nicht *allein* den Zweck gehabt hat, einen Geldgewinn zu machen, sondern auch *neben* dem Bereicherungszweck den mit dem Käufer gleichen, oder wenn der Kaufpreis nur einem Ersatze der Auslagen gleich kam, vielleicht den *einzigen* Zweck hatte, die Bestrebungen des Käufers zu unterstützen, alsdann auch auf Seiten des Verkäufers eine unerlaubte Vertragsursache vorhanden war. Denn es würde dadurch der Verkäufer dem Käufer das Mittel zur Ausführung seines verbrecherischen Unternehmens verschafft haben. Es wäre alsdann eine *Beihilfe* im Sinne des §. 135 des Strafgesetzbuches vorhanden. Die Vertragsursache wäre auf *beiden* Seiten eine durch das *Strafgesetz* verbotene.

Hat aber der Verkäufer beim Abschluß des Kaufs nicht den Zweck die verbrecherischen Plane des Käufers zu unterstützen, sondern nur den an sich erlaubten Zweck durch das an sich erlaubte Geschäft des Kaufvertrags sich zu bereichern, er weiß aber, daß durch den Verkauf dem Käufer das Mittel gegeben wird, das Strafgesetz zu übertreten, dann — so scheint es mir — wird das an sich erlaubte Bestreben sich durch ein erlaubtes Rechtsgeschäft zu bereichern zu einer durch das Sittengesetz verbotenen That. *)

Und alsdann ist auch auf Seite des Verkäufers die Vertragsursache eine im Sinne des L.R.S. 1108. 1133 *unerlaubte*, denn sie ist „*der Sittlichkeit entgegen*.“

Ottendorff.

*) Die „in sich erlaubte Unternehmung wird auf eine widerrechtliche Weise widerrechtlich verrichtet,“ wird man mit L.R.S. 1382a vielleicht sagen können.

D. G.

II.

Wann haben die Eheleute, welche ihre Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung auflösen wollen, die durch den L.R.S. 285 vorgeschriebene Erklärungen abzugeben?

Der Gesetzgeber mußte, als er den Eheleuten gestattete, ihre Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, auf Garantieen bedacht sein, um mögliche Mißbräuche zu verhindern, welche von diesem den Eheleuten eingeräumten Rechte möglicherweise gemacht werden könnten, und diese Garantieen glaubte der Gesetzgeber darin zu finden, daß er ein solches Ehescheidungsgesuch an mancherlei lästige Formen knüpfte, und für dasselbe ein Verfahren anordnete, welches erst binnen einem Jahre und 14 Tagen beendigt werden kann. Die vorgeschriebenen Förmlichkeiten haben zunächst den Zweck, die Ernstlichkeit des Willens der Eheleute, ihre Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, einer Prüfung zu unterwerfen, indem sie ihre Ernstlichkeit dadurch zu erkennen geben sollten, daß sie diese Förmlichkeiten ganz genau erfüllen; durch die lange Dauer des Verfahrens sollte ihnen aber Gelegenheit gegeben werden, ihren Entschluß reiflich zu überlegen, um sie gegen einen übereilten Schritt, den sie vielleicht später bereuen könnten, zu sichern. Da dieser Zweck des Gesetzes nur dann erreicht werden kann, wenn jene Förmlichkeiten ganz genau erfüllt wurden, indem nur unter dieser Voraussetzung eine Ernstlichkeit des Willens angenommen werden kann, so folgt hieraus, daß die Gerichte nicht ermächtigt sind, den Eheleuten die Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten nachzusehen, und daß, wie *Grolmann* (Handbuch über den C. N. 3. Bd. S. 315) bemerkt, die Justiz nur zu dem Zwecke eintritt, um das Dasein aller Bedingungen, und die Beobachtung aller Formen zu verificiren und die Ehescheidung zuzulassen oder zu verwerfen, je nachdem die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet wurden oder nicht.

Eine wesentliche Förmlichkeit, durch deren genaue Erfüllung die Eheleute die Beharrlichkeit ihres Willens, die Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, zu erkennen geben sollen, besteht eben darin, daß sie im Laufe des Prüfungsjahrs zu bestimmten von dem Gesetze vorgeschriebenen Zeiten den Entschluß, ihre Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, dem Vorsteher ihrer Gerichtsbehörde mehrmals vortragen müssen. Nach

dem L.R.S. 281 haben nämlich die Eheleute, wenn sie auf diesem Wege ihre Ehe auflösen wollen, vor dem Vorsteher ihrer Gerichtsbehörde oder seinem Stellvertreter zu erscheinen, und diesem in Gegenwart zweier Staatsschreiber, welche sie mitbringen, ihren Entschluß zu erklären, die Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, und diese Erklärung müssen sie nach dem L.R.S. 285 im Laufe des Prüfungsjahres mehrmals wiederholen und erneuern. Ueber die Zeit, wann diese Wiederholung geschehen muß, verordnet der L.R.S. 285 wörtlich übereinstimmend mit dem französischen Texte folgendes:

„Die gleiche Erklärung soll in den ersten 14 Tagen des nächstfolgenden vierten, siebenten und zehnten Monats unter Beobachtung der vorigen Förmlichkeiten wiederholt werden."

Die Vorschrift dieses Artikels ist klar, indem wohl Niemand darüber im Zweifel sein kann, daß dann, wenn die Eheleute ihre erste Erklärung am 16. März abgegeben hatten, der dem Monat März nachfolgende vierte Monat der Monat Juli, der siebente Monat der Monat September und der zehnte Monat der Monat Dezember ist. Eben so wenig kann aber darüber ein Zweifel bestehen, welches die ersten 14 Tage dieser Monate sind, an welchen die Eheleute ihre Erklärungen zu wiederholen haben.

Die Eheleute, welche ernstlich gesonnen sind, die Ehe mit gegenseitiger Uebereinstimmung aufzulösen, und ihre erste Erklärung am 16. März abgegeben hatten, werden daher den Kalender zur Hand nehmen, und wenn sie daraus ersehen, daß der auf den Monat März folgende vierte, siebente und zehnte Monat der Monat Juli, September und Dezember ist, ihre Erklärung jeweils in den ersten 14 Tagen dieser Monate wiederholen.

Obgleich die Vorschrift des L.R.S. 285 klar ist, und deßwegen keiner Auslegung bedarf, so hat sich doch hinsichtlich der Termine, in welchen die Eheleute ihre Erklärung zu wiederholen haben, bei den hierländischen Gerichten eine von dem Wortlaute dieses Artikels abweichende Ansicht gebildet. Man nimmt nemlich an, daß es sich hier um eine Frist handle, innerhalb welcher die Eheleute ihre Erklärungen jeweils zu wiederholen haben, daß aber die Frist von vier, sieben und zehn Monaten schon von dem Tage an berechnet werden müsse, an welchem die Eheleute ihre erste Erklärung abgegeben hatten, und daß die 14tägige Frist, innerhalb welcher die Erklärung zu wiederholen ist, erst von dem Tage an zu laufen beginne, an welchem, vom Tage der ersten Erklärung an gerechnet vier, beziehungsweise sieben und zehn Monate umlaufen waren.

Allein abgesehen davon, daß es sich hier nicht um eine Frist handelt, innerhalb welcher eine prozessualische Handlung vorzunehmen ist, und eben so gut am ersten, wie am letzten Tage dieser Frist vorgenommen werden kann, indem der Gesetzgeber durch den L.R.S. 285 nur die Monate und die Tage dieser Monate bezeichnen wollte, und auch ganz bestimmt bezeichnet hat, an welchen die Eheleute ihre Erklärungen wiederholen, nur durch die genaue Einhaltung dieser Termine ihre Beharrlichkeit in dem gefaßten Entschlusse bewähren sollten, so dürfte sich auch die angegebene Berechnungsart schon aus dem Grunde nicht wohl rechtfertigen lassen, weil sie zu Resultaten führt, welche mit dem klaren Wortlaut des L.R.S. 285 geradezu im Widerspruche stehen. Nimmt man nemlich den oben unterstellten Fall an, daß die Eheleute ihre erste Erklärung am 16. März abgegeben hatten, dann würden nach dieser Berechnungsart die nächstfolgenden vier Monate mit dem 16. Juli ablaufen, weßhalb auch die 14tägige Frist zur Abgabe ihrer Erklärung erst vom 16. Juli an laufen würde; die Eheleute würden daher ihre Erklärung nicht in den ersten, sondern in den letzten 14 Tagen des Monats Juli abzugeben, und dieselbe in gleicher Weise in den letzten 14 Tagen der Monate September und Dezember zu wiederholen haben, während doch nach der ausdrücklichen Vorschrift des L.R.S. 285 die Erklärungen in den ersten 14 Tagen dieser Monate wiederholt werden sollten. Nach dieser Berechnungsart könnte sogar die 14tägige Frist zur Abgabe der Erklärungen in den fünften, achten und eilften Monat fallen. Unterstellt man nemlich den Fall, daß die Eheleute ihre erste Erklärung am 31. März abgegeben hatten, dann würde die Frist von vier, sieben und zehn Monaten erst mit dem letzten Tage der Monate Juli, September und Dezember ablaufen; die 14tägige Frist zur Wiederholung ihrer Erklärung würde mithin vom ersten Tage des folgenden Monats an zu laufen beginnen, sie würden daher ihre Erklärung nicht in den ersten 14 Tagen des vierten, siebenten und zehnten Monats, sondern in den ersten 14 Tagen des fünften, achten und eilften Monats, und zwar die letzte Erklärung nur kurze Zeit vor Ablauf des Prüfungsjahrs zu wiederholen haben.

Gewiß mit Recht könnte man dem Gesetzgeber, wenn diese Berechnungsart die richtige wäre, den Vorwurf machen, daß er sich ganz unrichtig ausgedrückt, und die Eheleute irre geführt habe, indem diese bei der klaren Vorschrift des L.R.S. 285 glauben mußten, dem Gesetze dadurch Genüge geleistet zu haben, daß sie ihre erste Erklärung in den ersten 14 Tagen des nächstfolgenden vierten, siebenten und zehnten Monats wiederholt hatten. Dieser Vorwurf kann aber dem Gesetzgeber nicht gemacht werden, indem er durch den L.R.S. 285 das klar ausgedrückt hat, was er sagen wollte, und seine Absicht erreicht wird, wenn man dieses Gesetz so zur Anwendung bringt, wie es lautet. Wenn aber ein Gesetz seinem Wortlaut nach klar ist, so sind die Gerichte nur dann befugt, sich von dem Wortverstande des Gesetzes zu entfernen, und demselben einen von dem Wortverstande abweichenden Sinn beizulegen, wenn es ganz offenbar ist, daß der Gesetzgeber dem Gesetze diesen Sinn beilegen wollte, und daß er sich nur unklar ausgedrückt hat. Am wenigsten sind aber die Gerichte berechtigt, einem Gesetze eine solche Auslegung zu geben, welche mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes im Widerspruche steht.

Daß aber der Gesetzgeber, wenn er die ersten 14 Tage des nächstfolgenden vierten, siebenten und zehnten Monats als die Tage bezeichnete, an welchen die Eheleute ihre Erklärung wiederholen sollen, diesen Worten eine andere Bedeutung beilegen wollte, als sie nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche haben, dieß ist weder anzunehmen, noch viel weniger nachzuweisen.

Die Diskussionen über den Art. 285 geben hierüber keinen Aufschluß, weil die Bestimmung der Tage, an welchen die Eheleute ihre Erklärung wiederholen sollen, gar keine Anmerkung veranlaßte, und in den Sammlungen der Rechtssprüche der französischen Gerichtshöfe befinden sich nur wenige Entscheidungen, bei welchen der Art. 285 zur Anwendung kam, weil die Ehescheidung mit gegenseitiger Einwilligung in Frankreich schon durch ein Gesetz vom 8. März 1816 wieder abgeschafft wurde. Indessen ergibt sich aus einem frühern in Laukhard's Rechtsfällen (2. Band S. 50) mitgetheilten Urtheile des Cassationshofs vom 3. Oktober 1810, daß er der Ansicht war, daß der Art. 285 seinem Wortlaut nach zur Anwendung gebracht werden muß, indem er ein Urtheil des Appellatiosgerichts zu Lüttich, durch welches eine Ehescheidung mit wechselseitiger Einwilligung zugelassen wurde, aus dem Grunde cassirte, weil die Eheleute die Erklärung, welche sie in den ersten 14 Tagen des zehnten Monats hätten abgeben sollen, erst in den ersten 14 Tagen des eilften Monats abgegeben hatten.

Aus diesen Bemerkungen dürfte sich ergeben, daß der L.R.S. 285 seinem Wortlaute nach klar ist, daß aber kein Grund vorliegt, welcher die Gerichte berechtigen könnte, diesem Artikel eine von seinem Wortlaute abweichende Auslegung zu geben, daß mithin, vorausgesetzt, daß auch die übrigen Förmlichkeiten beobachtet würden, die nachgesuchte Ehescheidung zugelassen werden muß, wenn die Eheleute in den durch diesen Artikel bestimmten Terminen, nemlich in den ersten 14 Tagen des nächstfolgenden vierten, siebenten und zehnten Monats und zwar von dem Monate an gerechnet, in welchem sie die erste Erklärung abgegeben hatten, diese Erklärung wiederholten, daß aber dann, wenn die Eheleute die Termine nicht genau eingehalten haben, die nachgesuchte Ehescheidung nicht zugelassen werden darf.

III.

1) **Die nach der Theilung einer Gemeinschaft erhobene Klage eines Vormunds, worin der Antrag gestellt wird, der Miteigenthümer solle des Antheils an unterschlagenen oder verheimlichten Maßbestandtheilen verlustig erklärt**

L.R.S. 792. 1477.

oder zur Leistung eines Offenbarungseides angehalten werden, ist eine Klage auf Vervollständigung jener Theilung, hat somit die Eigenschaft einer Theilungsklage und fällt sonach unter die Vorschrift des L.R.S. 465. 817.

2) Die Vorschrift dieser L.R.S. ist im badischen Rechte nicht aufgehoben.

§§. 5. 20 des II. Einf.Ed. Vrgl. Tresurt, System §§. 68—72, S. 40.

Brauer, Erläuterungen Band 4, S. 578, Note 22.
„ 6, S. 289.

Annalen I. No. 42, S. 255. 256. Bd. 6, S. 289.
„ „ 50, „ 306.
„ „ 54, „ 332.

Ein Wittwer belangte als Vormund seines Sohnes nach Aufnahme des Nachlasses seiner Schwiegermutter den Schwiegervater, indem er

1) eines Theils behauptete, einzelne bestimmt bezeichnete Ausstände seien von dem Beklagten verheimlicht worden und dann mit Bezug auf L.R.S. 792. 1477 das ausschließliche Recht seines Sohnes auf jene Ausstände geltend machte,

2) andern Theils aus dem Zugeständnisse des Beklagten, er habe wirklich (aus Versehen) unterlassen, bei Aufnahme der Verlassenschaft seiner Frau einen dieser Ausstände anzugeben, den Verdacht ableitete, der Beklagte habe noch weitere — vorerst noch nicht zu bezeichnende — Bestandtheile der Gemeinschaftsmasse nicht angegeben, und wegen dieses Verdachts den Offenbarungseid von dem Beklagten forderte.

Der Unterrichter hielt die obervormundschaftliche Ermächtigung zur Erhebung dieser Klage für nöthig und das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises III. Civil-Senat trat dieser Ansicht aus folgenden Gründen bei:

Franz L. hat als Vormund seines Sohnes den Großvater dieses auf Vervollständigung des Antheils der Ehefrau des Beklagten an der ehelichen Gemeinschaft belangt, sonach das Erbrecht seines Sohnes auf eben diesen Antheil nicht etwa durch eine Zueignungsklage gegen einen Dritten oder gegen einen Miterben auf Herausgabe von Erbschaftsstücken geltend gemacht, sondern durch den gerichtlichen Austrag, die gütlich erfolgte Theilung der Gemeinschaft durch nachträgliche Angabe übergangener Bestandtheile derselben zu vervollständigen,

L.R.S. 1467. 1468,

die Festsetzung der zu theilenden Masse zum Zweck der Vervollständigung der Theilung zu ergänzen.

L.R.S. 828.

Die weiteren in der Klage gestellten Anträge sind diesem in erster Reihe stehenden Gesuche um Entscheidung, daß außer den bereits zur Theilung gebrachten Gemeinschaftsbestandtheilen noch weitere vorhanden, also auch zu theilen seien, untergeordnet, zu welchem sie sich, theils wie das Mittel zum Zwecke — Antrag auf Leistung eines Offenbarungseids — theils wie die Folge zum Grunde — Antrag auf Verlust des Antheils des Beklagten an den nicht zur Theilung gebrachten Gemeinschaftsbestandtheilen — verhalten.

Die Klage hat sonach die Eigenschaft einer Theilungsklage und in dieser Eigenschaft fällt sie unter die Vorschrift der L.R.S. 465. 817. Zwar ist nicht zu verkennen, daß der Hauptgrund, welcher den Gesetzgeber bestimmte, den Vormund bei Erhebung einer Theilungsklage — ohne Rücksicht auf die Gattung der Bestandtheile der zu theilenden Gemeinschaft, an besondere Ermächtigung zu binden, der Grund nämlich, daß unter Umständen bei dem Austausche des Miteigenthumsrechts an der gesammten Gemeinschaft gegen das ausschließliche Eigenthum an einzelnen Bestandtheilen derselben *) — nichts gewonnen werde, bei solchen Klagen nicht einschlägt, welche nach bereits vorgenommener Theilung deren angebliche Unvollständigkeit auszugleichen, die Bestimmung ha-

*) „Tout partage est un acte d'aliénation. Tant que l'indivision dure, chaque copropriétaire a un droit qui frappe sur chacune des parties de la chose commune; il est propriétaire pour moitié (ou pour toute autre fraction) de chaque parcelle du bien. En réalisant le partage, il acquiert sur la part formant son lot la fraction qui ne lui appartenait pas, en échange de l'abandon qu'il fait à ses copropriétaires de la fraction qui lui appartenait sur les parts échues à ceux-ci. Le partage est donc un échange, une aliénation, et par conséquent, lorsqu'il s'agit d'immeubles, il ne peut pas se faire sans l'autorisation de la famille, à moins qu'il ne soit forcé. Telle est la conséquence de l'art. 457.

Quant aux meubles, il eût pu en être autrement d'après les principes que nous connaissons; mais la loi s'écarte ici de ces principes, et sans distinguer entre les immeubles et les meubles, elle déclare que, sans autorisation le tuteur peut bien répondre à une demande en partage, mais non pas provoquer ce partage."

Marcadé, cours élémentaire de droit civil. T. II. p. 253. ad art. 465.

„Pendant l'indivision les copropriétaires ont des droits sur toute la chose et sur chacune de ses parties. Le partage restreint les droits de chacun à la part qui lui échoit (art. 883. C. c.) une sorte d'échange s'opère donc entre les copartageants; ils sont censés renoncer respectivement aux droits qu'ils avaient sur les biens qui ne leur ont pas été dévolus; dès lors sans considérer le partage comme une aliénation directe, il est conséquent, si le mineur doit se porter demandeur, d'appeler le conseil de famille à statuer sur la question d'opportunité " — —

„L'autorisation du conseil de famille doit intervenir, quelle que soit la cause de l'indivision: succession, communauté ou société; que les biens à partager consistent en meubles ou en immeubles: la loi est absolue. Car la masse mobilière peut comprendre des choses dont le tuteur n'a pas le droit de disposer."

Boileux, commentaire sur le code civil. T. II. p. 443. 444. ad art. 465.

ben. Allein das Gesetz unterscheidet nicht, und wenn in irgend einem Falle, so ist in dem vorliegenden unparteiisch zu erwägen, ob nicht eine Verschiebung der Erörterung über die der Klage zu Grunde liegenden Verhältnisse, bis zur Großjährigkeit des klagenden Erben vorzuziehen sei. *)

Daß die, von dem franz. Gesetzgeber für nöthig erachtete Vorschrift der Ermächtigung auch im bad. Rechte aufrecht erhalten ist, ergibt sich aus §. 5 des II. E.Ed., welcher zwar an die Stelle des Familienraths andere Personen und Behörden treten läßt, aber namentlich auch in den Fällen der L.R.S. 461—468 für den Willen des Vormunds jene Controle für nöthig erklärt.

Stf.

*) La loi a voulu que le conseil de famille lui-même examinât s'il ne convient pas de laisser durer l'indivision jusqu'à la majorité du mineur.

Demolombe de la minorité §. 720. p. 186.

— souvent il importe au mineur que le partage soit différé jusqu'à sa majorité, époque à laquelle cette opération pourra se faire à l'amiable etc.

Boileux II. p. 443, 444.

IV.

Entschädigung wegen während der Revolution in Empfang genommener Gelder.

Am 14. Juni 1849 wurde der Stadtgemeinde H. von dem damaligen revolutionären Kriegsminister Sigel der Betrag von 2000 fl. aus der s. g. Feldkriegskasse zur Verpflegung der im Aufstand begriffenen Truppen darlehnsweise angewiesen und solcher von dem durch einige Gemeinderathsmitglieder bevollmächtigten Rathschreiber B. erhoben und bescheinigt, sofort die 2000 fl. der Stadtkasse in Einnahme decretirt.

Auf den Grund dieser Vorgänge und der weiteren im Laufe des späteren Verfahrens erwiesenen Behauptung, daß die gedachte Kasse aus Staatsgeldern gebildet gewesen sei, erhob der großh. Fiscus eine Klage gegen die erwähnten Personen auf Ersatz dieser bezogenen Gelder.

Nachdem in den beiden ersten Instanzen dem Klagbegehren entsprechende Urtheile ergangen waren, wurde von dem höchsten Gerichtshof unterm 31. Mai d. J. abändernd erkannt und der klagende Fiskus mit seiner Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

Die Beklagten haben sich am 14. Juni 1849 im Namen der Stadt Heidelberg von dem revolutionären Kriegsminister Sigel aus der s. g. Feldkriegskasse 2000 fl. darlehensweise auszahlen lassen, um die der Stadt auferlegte Verpflegung der aufständischen Truppen damit zu bestreiten.

Hierin soll nach dem Inhalt der Klage eine unerlaubte Handlung liegen, welche der großh. Fiskus um den Betrag jener 2000 fl. beschädigt habe, weßhalb von den Beklagten der Ersatz dieser Summe verlangt wird. — Mit Grund widersprechen jedoch die Beklagten diese Ersatzpflicht. Die Aufnahme eines Darlehens ist an sich keine unerlaubte Handlung. Sie kann es nur dadurch werden, daß sie als eine Mitwirkung und Theilnahme an der Beraubung des rechtmäßigen Eigenthümers der Gelder erscheint.

Im vorliegenden Fall kann aber der Handlung dieser Charakter nicht beigelegt werden, denn die Beraubung der großh. Staatskasse war dadurch vollständig beendigt, daß die revolutionären Gewalthaber jene Gelder dem Gewahrsam der großh. Kassenbeamten entzogen und dem aufständischen Oberbefehlshaber Sigel zur Führung des Kriegs gegen die rechtmäßige Regierung überliefert hatten. — Das Begehren eines Darlehens war somit nicht die Veranlassung, der großh. Staatskasse diese Gelder erst zu entziehen, sondern es hat in diesem Falle die Aufnahme des Geldes dann erst stattgefunden, nachdem der Besitz desselben durch die großh. Kassenbeamten für die rechtmäßige Regierung aufgehört hatte und es liegt darin weder eine Begünstigung jener verbrecherischen Handlung im strafrechtlichen Sinne, noch eine unrechte That im Sinne des bürgerlichen Rechts, indem es sowohl an der Absicht, den großh. Fiskus zu beschädigen, oder die Beraubung desselben zu unterstützen, als auch an der Wirkung einer durch sie ausgeübten Beschädigung des großh. Fiskus fehlt. Zwar behauptet dieser, er sei noch immer im Besitze der Gelder gewesen, so lange Sigel dieselben nicht verausgabt hatte und es sei erst durch dieses Ausgeben der Verlust für ihn eingetreten. Diese Behauptung würde voraussetzen, daß Sigel überhaupt im Namen und für die rechtmäßige Regierung gehandelt habe, indem er die aufständischen Truppen in's Feld führte und sich aus der Staatskasse Gelder zu diesem Zwecke ausliefern ließ, diese Voraussetzung bedarf aber keiner weiteren Widerlegung.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Kah.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 25. Mannheim, 16. Juni 1855.

I.

1) Die im Auslande geschlossene Ehe des Inländers wird durch den Mangel der Aufgebote nichtig, und kann deßhalb von jedem Betheiligten auch im Wege der Einrede angefochten werden.

2) An welchem Orte müssen in einem solchen Falle die Aufgebote erfolgen?

3) Die Eltern und Großeltern dürfen auch ohne obervormundschaftliche Ermächtigung Schenkungen für ihre minderjährigen Kinder annehmen.

4) Der Richter darf nicht wegen des Inhalts einer Urkunde das Gegentheil von einer zwischen den Parteien unbestrittenen Thatsache annehmen.

Diese Sätze führten in II. und III. Instanz zur Abweisung der Klage In Sachen St. gegen Sch., wie sich des Näheren auch in thatsächlicher Beziehung aus den nachstehenden Entscheidungsgründen ergibt:

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheil vom 7. Juli 1854, No. 3604.

Zwei Forderungen hat der Kläger geltend gemacht, zu deren Zahlung er, abzüglich von 1100 fl., welche er als bereits bezahlt anerkennt, die Beklagte zu verurtheilen bittet.

Die eine Forderung gründet sich darauf, daß dem Kläger sein unehelicher Erzeuger 300 fl. geschenkt, und die Beklagte — die Mutter des Klägers — diese Summe bisher nur in Nutznießung besessen habe, die andere betrifft den Antheil des Klägers an einer Schenkung von 10,000 fl., welche J. St. in L. unter dem 5. Sept. 1828 dem Kläger und seinen drei Geschwistern gemacht, und die Beklagte gleichfalls bisher in Nutznießung gehabt hat.

Was nun zunächst die letztere Forderung des Klägers anbelangt, so ist die Beklagte nach Ziff. 2 der Schenkungsbedingungen nur in dem Falle zur Ausfolgung der Schenkung verpflichtet, da sich ihre Kinder verheirathen. Es lag daher dem Kläger der Beweis ob, daß er, wie von ihm behauptet, von der Beklagten aber in Abrede gestellt wird, eine giltige Ehe abgeschlossen habe. Der Kläger will sich unter dem 2. Febr. 1837 in England mit der Engländerin Katharine Burgogne verheirathet haben; deßhalb, und weil der Kläger selber wiederholt erklärt hat, daß er stets Inländer geblieben sei (vrgl. die Erklärungen des Klägers S. 143 und 201 der Akten), müssen hier die gesetzlichen Bestimmungen über Ehen, welche im Auslande von Inländern mit Ausländern abgeschlossen werden, zur Anwendung kommen. Der L.R.S. 170 bestimmt, daß solche Ehen giltig sind, wenn sie nach der im Auslande hergebrachten Form abgeschlossen werden, „vorausgesetzt," daß die in S. 63 vorgeschriebenen Aufgebote vorhergegangen.

Diese Aufgebote sind dem Eheabschluß des Klägers nicht vorangegangen, und es wird sich deßhalb fragen, welchen Einfluß dieser Mangel auf die Giltigkeit der Ehe, sofern daraus im Inlande Rechte abgeleitet werden wollen, äußern muß.

Der L.R.S. 170 bezweckt die Wahrung der Oeffentlichkeit der im Ausland abgeschlossenen Ehe im Inlande. Diese Oeffentlichkeit ist wesentliche Bedingung der Ehe (L.R.S. 165. 191); sie ist aber bei Ehen, welche im Inlande abgeschlossen werden, nicht ausschließlich an die Aufgebote gebunden; es wird vielmehr im einzelnen Falle eine Thatfrage sein, ob trotz der unterbliebenen Aufgebote, durch das Dasein der andern gesetzlichen Förmlich-

keiten der Ehe, wie die Eingehung vor dem zuständigen Standesbeamten, die Oeffentlichkeit als vorhanden anzunehmen sei. Dagegen sind bei Ehen, welche im Auslande abgeschlossen werden, die Aufgebote als nothwendige Voraussetzung der Oeffentlichkeit der Ehe anzusehen, weil sie, nach dem L.R.S. 170 Abs. 1 rücksichtlich der Form des Eheabschlusses die Gesetze des Auslandes als maßgebend erklärt hat, die einzige Gewähr allgemeiner Art für die Oeffentlichkeit der Ehe sind.

Die Beklagte war befugt, diesen Mangel gegen die Forderung des Klägers geltend zu machen, weil wegen Abgangs einer wesentlichen Bedingung die Ehe von jedem Betheiligten — und als solcher erscheint die Beklagte, da das Recht des Klägers, beziehungsweise die Verpflichtung der Beklagten von dem Abschluß einer gültigen Ehe des Ersteren bedingt wird — angefochten werden kann (L.R.S. 191) und unerheblich ist, ob die Anfechtung im Wege einer besonderen Klage, oder wie hier geschehen, mittelst einer Einrede bewirkt wird. Der Kläger kann auch nicht etwa von der Nothwendigkeit der Aufgebote losgesprochen werden, weil er im Inlande keine Niederlassung hat, denn auch abgesehen davon, daß aus den Akten nicht erhellt, daß Kläger im Ausland eine bleibende Niederlassung hat, so bestimmt für diesen Fall der L.R.S 102b den Geburtsort als den Wohnsitz des Inländers, und an diesem hätten daher die Aufgebote geschehen können und sollen. Ob die Ungültigkeit der Ehe durch den Besitz des ehelichen Standes wieder abgewandt werden könne, kann hier nicht in Frage kommen, da Kläger nirgends behauptet hat, daß ein solcher Besitz im Inlande ihm zur Seite stehe. Nach Vorstehendem erscheint die Forderung des Klägers schon wegen noch nicht eingetretener Bedingung derselben, verwerflich, und konnte es deßhalb auf die Frage, ob die übrigen der Forderung entgegengesetzten Einreden begründet seien, nicht mehr ankommen.

Was dagegen den Anspruch des Klägers auf Ausfolgung der ihm von seinem Erzeuger geschenkten 300 fl. betrifft, so ist solcher begründet und erwiesen. Die Beklagte stellt zwar nicht in Abrede, daß sie diese 300 fl. empfangen habe, sie behauptet aber, daß der uneheliche Erzeuger nicht dem Kinde, sondern ihr, der Mutter, diese Summe als Abfindung für Ernährung und Erziehung des Kindes gegeben habe. Dem widerspricht aber nicht nur die Erklärung der Beklagten in ihrem Heirathsvertrage vom 26. April 1811, worin 300 fl. als ihrem Kinde gehörig und nur in ihrer Nutznießung stehend, aufgeführt werden, sondern auch die nach bereits eingetretener Volljährigkeit des Klägers (dieser ist im Jahr 1808 geboren) gefertigte Verlassenschaftstheilung auf Ableben des Ehemannes der Beklagten im Jahr 1830. In diesem von der Beklagten unterschriebenen und anerkannten öffentlichen Akt, werden unter Ziff. 4 der Ersatzposten (S. 28a der Verlassenschaftsakten) die 300 fl. abermals als Vermögen des Klägers und zwar mit Rückbezug auf den Heirathsvertrag der Beklagten aufgeführt. Durch diese beiden öffentlichen Akte — den Heirathsvertrag der Beklagten, und die Verlassenschaftsakten von 1830 — wird hergestellt, daß die Beklagte die Schenkung ursprünglich für ihr Kind als Handgeschenk angenommen (hierzu war sie nach L.R.S. 935 befugt), auch nicht zur Ernährung und Erziehung des Klägers verwandt, ihm vielmehr diese Summe bis nach erreichter Volljährigkeit als sein Vermögen bewahrt, und nur die Nutznießung davon bezogen hat.

Die Beklagte ist aber nicht befugt willkührlich den Besitztitel zu verändern, die 300 fl., welche sie viele Jahre lang nur als Nutznießerin besessen hatte, nun ohne weiteres als Eigenthümerin anzusprechen. Nicht desto weniger mußte der Kläger auch mit dieser Forderung abgewiesen werden; denn, wie er selber erklärt hat, wurden ihm bereits 1100 fl. von der Beklagten bezahlt, und sind diese Zahlungen auf die vorliegende liquide, nicht auf die nur bedingungsweise ihm zustehende erste Forderung abzurechnen. (L.R.S. 1256.) Dieß hatte Kläger auch selber in der Schenkungsurkunde vom 13. September 1833 gethan.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 17. April 1855 No. 1442.

Der vom Kläger, Oberappellanten erhobene Anspruch wird durch die Einrede beseitigt, daß er in einer öffentlichen Urkunde vom 13. September 1833 den Restbetrag des Guthabens an die Beklagte mit 1700 fl. deren drei Kindern geschenkt, und daß diese die Schenkung für ihre minderjährigen Kinder angenommen habe. Die in Rechten begründete Einrede ist durch die, allen gesetzlichen Erfordernissen entsprechende, anerkannte Schenkungsurkunde erwiesen. Die Beklagte mit ihrem verpflichteten Vormundschaftsbeistande war nach Satz 935 Absatz 2 des Landrechts zur Annahme der Schenkung für ihre Kinder berechtigt. Diese Annahme wurde durch ihre spätere Erklärung vom 5. Juli 1834 nicht zurückgenommen, sie

wollte nur die Bestimmung des L.R.S. 463, auf welchen sie von der Rechtspolizeibehörde hingewiesen war, nicht in Erfüllung bringen. Jener Satz bezieht sich auch wirklich nur auf den Fall, in welchem durch den Vormund des Minderjährigen eine Schenkung angenommen wird, wogegen ein Elterntheil, gleichviel ob er Vormund ist oder nicht, die Schenkung für seine Kinder auch ohne Mitwirkung des Waisengerichts annehmen darf.

Daß aber die Kinder der Beklagten zur Zeit der Schenkung noch minderjährig waren, ist außer Streit.

Nicht nur ging man bei dem Schenkungsakt und den darauf gefolgten Verfügungen der Rechtspolizeibehörde von der bestimmten Voraussetzung aus, daß die Kinder sich noch unter der Vormundschaft ihrer Mutter befinden, sondern es stehen damit auch die Parteivorträge in vollkommener Uebereinstimmung.

Namentlich hat der Kläger auf Seite 143 der Akten der ersten Instanz ausdrücklich hervorgehoben, daß zur Zeit der Schenkung seine drei Geschwister noch minderjährig und der Vormundschaft ihrer Mutter unterworfen gewesen seien. In gleicher Weise hat sich die Beklagte auf Seite 157 und 299 erklärt. Da hiernach ein Widerspruch über diesen Punkt unter den Parteien nicht herrscht, so war der Richter der ersten Instanz nicht befugt, lediglich aus dem von Amtswegen, also unstatthafter weise, berücksichtigten Umstande, daß im Eingange der Schenkungsurkunde C. Sch. als am 1. August 1812 geboren aufgeführt erscheint, dessen zur Zeit der Schenkung erreichte Volljährigkeit zu unterstellen, und zwar um so weniger, als die Bezeichnung des Geburtstages möglicherweise auf einem Versehen beruhen kann.

Der am 22. September 1849, also lange nach erfolgter Annahme der Schenkung erklärte, auf keinen der im L.R.S. 953 enthaltenen Gründe gestützte Widerruf dieser letztern ist ohne alle rechtliche Wirksamkeit.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil, soweit dagegen vom Kläger oberappellirt worden ist, unter dessen Verfällung in die Kosten dieses dritten Rechtszugs zu bestätigen.

P.

II.

Erkenntniß über ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens.*)

§. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Sebastian Deggelmann von Wollmatingen wurde wegen Brandstiftung und zwar wegen Anzündung seines eigenen Hauses zur Beeinträchtigung der Rechte Dritter an das Schwurgericht des Seekreises verwiesen. In der mündlichen Schlußverhandlung hatte ein Zeuge, Michael Schneider, seine vor dem Untersuchungsrichter zu Protokoll gemachte Angabe bestätiget und mit aller Bestimmtheit wiederholt behauptet, daß er am 4. März 1849 in dem Hausgange des Angeklagten Sebastian Deggelmann ein Gerumpel auf der Bühne hörte, deßhalb einige Treppen der auf die Bühne führenden Stiege hinaufstieg und noch auf der Stiege stehend die Wahrnehmung machte, daß auf der Bühne an der Stelle, wo später das Feuer zum Ausbruche kam, ein Heustock von etwa 15 Zentner Heu sich befand, daß wenigstens 15 bis 16 Bund Stroh der Länge nach über die ganze Bühne von einem Giebel zum andern gelegt waren, und daß Deggelmann, sichtlich erschrocken und leichenblaß, plötzlich vom Heustocke auf ihn zukam und sich damit zu entschuldigen suchte, daß er sagte, am andern Tage komme der Erequent, er wolle noch Gegenstände bei Seite schaffen. Der Angeklagte Deggelmann hatte in der mündlichen Schlußverhandlung nicht nur diese Angaben als Lügen bezeichnet, wie er dies auch in der Voruntersuchung gethan, und worauf er sich damals beschränkt hat, sondern er hatte auch die Behauptung aufgestellt, es sei unmöglich, daß Michael Schneider, wenn er nur einige Treppen der auf die Bühne führenden Stiege hinaufgestiegen sei, auf die Bühne habe sehen und die von ihm bezeugten Wahrnehmungen habe machen können, denn diese Treppe habe nicht auf die Bühne, sondern in die Bühnenkammer geführt, und erst von dieser aus sei man durch eine Thür auf die Bühne gelangt und folgeweise habe derjenige, der nur einige Treppen der Stiege hinaufgestiegen sei, nur in die Bühnenkammer, nicht aber auch auf die Bühne sehen können. Von Michael Schneider wurde aber in der Schlußverhandlung erwiedert, daß die Stiege unmittelbar auf die Bühne geführt habe, und daß man von der Bühne aus durch eine Thüre in die Bühnenkammer gelangt sei, und daß

*) Vrgl. Annalen No. 22 dieses Jahrganges. D. E.

er deßhalb allerdings von der Stiege aus, nachdem er einige Treppen derselben hinaufgestiegen war, die von ihm bezeugten Wahrnehmungen habe machen können. Ueber die also bestrittene innere Einrichtung des im Jahr 1849 abgebrannten Hauses wurden im Verlaufe der Schlußverhandlung die beeidigten Zeugen, Hebamme Reuthinger, Jakob Kern, Franz Degen und Anton Breier einvernommen. Sämmtliche Zeugen haben auf den Grund von Wahrnehmungen, die sie selbst gemacht, obige Angabe des Michael Schneider über die innere Einrichtung des abgebrannten Hauses bestätigt und diejenige des Angeklagten als unwahr erklärt. Der Letztere bezeichnete, mit Ausnahme des längst verstorbenen Lorenz Fetscher keinen Zeugen für die Richtigkeit seiner Behauptung. Nach gepflogenen Verhandlungen wurde Deggelmann vom Schwurgericht der Brandstiftung durch Anzündung seines eigenen Hauses zur Beeinträchtigung der Rechte Dritter für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt. Deggelmann reichte hierauf ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens beim Schwurgerichtshof ein, dieses Gesuch darauf stützend, daß Michael Schneider und die Hebamme Reuthinger über die innere Einrichtung des Hauses, insbesondere über die Beschaffenheit der Bühne wissentlich eine falsche Angabe gemacht haben und somit meineidig seien und er bezeichnete mehrere Zeugen, welche seine obenerwähnte Behauptung bestätigen und die entgegenstehenden Zeugenaussagen widerlegen sollten. Die Aussagen der übrigen Zeugen ließ Deggelmann unangefochten."

Von dem Schwurgerichtshof in Konstanz wurde durch Erkenntniß vom 7. April d. J. das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens als unbegründet verworfen.

In den Entscheidungsgründen ist nach Anführung der oben erwähnten thatsächlichen Verhältnisse gesagt:

Wenn nun der Angeklagte, welcher zudem weder auf den Vorhalt des Untersuchungsrichters über die Angaben des Michael Schneider, noch auf Eröffnung der Zusammenstellung und die nach §. 30 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 an ihn gestellte Frage, noch endlich auf die abschriftliche Mittheilung der Anklageschrift und die nach §. 86 obigen Gesetzes an ihn ergangene Aufforderung obige Behauptung vorgetragen und Beweise hiefür in Vorschlag gebracht, und namentlich keinen Antrag gestellt hat, die in seinem Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens bezeichneten Zeugen zur Schlußverhandlung vorzuladen, obgleich sowohl der Zusammenstellung, als in der Anklageschrift ausdrücklich angeführt ist, daß Michael Schneider die von ihm behaupteten Wahrnehmungen noch auf der Stiege stehend gemacht habe; wenn also der Angeklagte erst jetzt, nach erfolgter Aburtheilung, mehrere Zeugen bezeichnet, welche seine obenerwähnte Behauptung bestätigen und die entgegenstehenden Zeugenaussagen widerlegen sollen, so liegt hierin nur ein nach schwurgerichtlicher Aburtheilung unstatthaftes Vorbringen neuer Beweismittel, keineswegs aber genügt dieses Vorbringen, um gestützt auf §. 119 Ziff. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen.

Würden nämlich auch die von dem Verurtheilten vorgeschlagenen Zeugen vor Gericht und auf abzulegenden Eid vollständig so aussagen, wie in den vorgelegten Zeugnissen beurkundet ist, so würden zwar über eine und dieselbe Thatfrage widersprechende Aussagen vorliegen und so viel wäre gewiß, daß entweder die einen oder die anderen Aussagen unwahr seien; allein damit allein wäre noch nicht hergestellt, daß Michael Schneider, Hebamme Reuthinger, Jakob Kern, Franz Degen und Anton Breier es seien, welche falsche Angaben machten, weil ja auch die andere Möglichkeit vorliegen würde, daß die von dem Verurtheilten nachträglich vorgeschlagenen Zeugen falsch ausgesagt hätten und selbst, wenn das Erstere erwiesen wäre, wäre damit allein noch nicht dargethan, daß sie meineidig gewesen seien, d. h. daß sie wissentlich falsche Angaben gemacht haben. Die in Bezug auf die innere Eintheilung des Hauses und die Möglichkeit, daß Michael Schneider von der Treppe aus die von ihm bezeugten Wahrnehmungen machen konnte, vorgeschlagenen neuen Beweise sind deßhalb unerheblich.

Hiegegen ergriff Deggelmann das Rechtsmittel der Beschwerdeführung. Vom großherzgl. Oberhofgericht wurde jedoch durch Erkenntniß vom 2. Juni d. J. die erhobene Beschwerdeführung als unbegründet verworfen. Die Entscheidungsgründe lauten:

Wenn die von dem Beschwerdeführer neuerlich vorgeschlagenen Zeugen die von ihm aufgestellte Behauptung auch bestätigen würden, so könnte daraus nur etwa gefolgert werden, daß die Zeugen, deren Aussagen von ihm als falsch angefochten sind, möglicherweise sich in ihrer Wahrnehmung geirrt, also eine unrichtige Angabe gemacht, keineswegs aber, daß sie wissentlich falsch ausgesagt haben.

Da nun nach §. 119 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 der die Wiederaufnahme des Verfahrens Nachsuchende darzuthun hat, daß die Zeugen, die zu seinem Nachtheile aussagten, meineidig gewesen sind, diese Voraussetzung aber hier nicht zutrifft, so wurde das erwähnte Gesuch mit Recht verworfen. Die hiergegen anher ergriffene Beschwerde ist demnach unbegründet.

Haager.

III.

L.R.S. 2198.

Der unter dieser Aufschrift verhandelte Streit *) dreht sich im Grunde einzig und allein um die Frage: ob der nach den §§. 5 und 13 der Instruktion über die Errichtung und Führung der gerichtlichen Gewährbücher von dem Gemeinderath zum Behuf der Ausfertigung des Kaufbriefs an das Amtsrevisorat einzusendende Auszug die Stelle des im L.R.S. 2198 erwähnten Zeugnisses vertrete? weil es sich sonst nicht erklären läßt, wie jenem Auszuge die gleiche Wirkung zugestanden werden kann, welche der Satz 2198 nur dem Zeugnisse beilegt. Wird der Streit auf diesen Gesichtspunkt zurückgeführt, so fällt die Entscheidung nicht schwer, wie sich aus nachfolgenden Betrachtungen ergeben dürfte.

Es besteht überall keine gesetzliche Vorschrift, welche ausspricht oder auch nur entfernt andeutet, daß der Extract das Zeugniß ersetzen oder dafür gelten soll. Dieß sagt namentlich die Instruction selbst nicht, welche übrigens, als eine blose Dienstweisung für die Gemeinderäthe, dem L.R.S. 2198 schon darum nicht derogiren würde, weil sie kein Gesetz ist, während ein früheres Gesetz nur durch ein späteres aufgehoben oder abgeändert werden kann.

Wenn demzufolge der L.R.S. 2198 seinem ganzen Inhalte nach unverändert fortbesteht, und kein späteres Gesetz dem Extracte die nemliche Wirkung wie dem Zeugnisse beilegt, so tritt die Entledigung sicher nur hinsichtlich derjenigen Lasten ein, welche in dem Zeugnisse ausgelassen sind, das die Pfandschreiberei dem neuen Erwerber einer Liegenschaft auf sein, nach der Transscription gestelltes, Ansuchen ausgefertigt hat. Von einem Auszuge, welchen der Gemeinderath ohne Verlangen der Interessenten ex officio an das Amtsrevisorat einsenden muß, schweigt das Landrecht.

Wie kommt man nun dazu, dem Auszuge dieselbe Wirkung einzuräumen, die der Satz 2198 ganz unbestreitbar nur dem Zeugnisse verleiht?

Zur Rechtfertigung dieser Praxis wird der allgemeine Nothhelfer — L.R.S. 6k — vergebens angerufen, weil nebstdem, daß der Extract einen ganz andern Zweck hat als das Zeugniß, nur in dem Falle, wenn von einer Mangelhaftigkeit des Letzteren die Rede wäre, das richterliche Ermessen zu entscheiden hätte, ob und in wie weit die Absicht des Gesetzes dennoch erreichbar sei oder nicht. Aber schlechthin unstatthaft und willkürlich ist es, den Auszug dem Zeugniß zu unterschieben, um die Absicht des Gesetzes als erreicht anzunehmen.

Hievon sollte man schon durch die Rücksicht abgehalten werden, daß es äußerst gewagt und bedenklich scheint, an die Auslassungen im Extracte die schweren Folgen knüpfen zu wollen, von welchen die im Zeugniß übergangenen Pfandgläubiger schuldlos getroffen werden, indem sie die Vergehen oder Versehen der Pfandschreiberei exorbitanterweise mit dem Verluste ihrer Unterpfänder büßen, vorbehaltlich eines Rückgriffs, welcher sehr oft keine Früchte trägt.

Doch wie soll es gehalten werden, wenn eine und dieselbe Pfandlast in dem Extracte ausgelassen, dagegen in dem Zeugnisse erwähnt ist; geht in einem solchen Falle der Auszug dem Zeugnisse oder das Zeugniß dem Auszuge vor? Bis jetzt ist noch nicht behauptet worden, daß seit dem Erscheinen der Instruction von 1824 das im L.R.S. 2198 gedachte Zeugniß hinwegfalle; muß es aber auf Verlangen noch immer gegeben werden, so kann auch zwischen diesem Zeugniß und dem Extracte die in Frage gestellte Collision entstehen, wodurch neue Schwierigkeiten erzeugt würden.

Diese Andeutung soll mit dazu beitragen, die Richtigkeit der gegentheiligen Theorie noch mehr in Zweifel zu stellen und derjenigen Ansicht die Oberhand zu verschaffen, welche jüngst wieder vom III. Senate des mittelrheinischen Hofgerichts (Annalen XXII. 164) zur Geltung gebracht worden ist.

D. R.

*) Vrgl. Jahrbücher n. F. XIII. 434; Annalen XX. 55. 84. 128; XXI. 59; XXII. 107. 137. 164. 166.

IV.

Begünstigung einer Begünstigung.
§. 142 St.G.B.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde Johann Schweikart von M. der Entwendung eines Glaskästchens mit ungefähr 148 goldenen Ringen im Werthe von 300 fl. und Johann Zembrod der Begünstigung dieses Diebstahls für schuldig erklärt und hiefür bestraft. Der Bestohlene erhob sodann gegen den allein zahlungsfähigen Johann Zembrod eine Schadensersatzklage im Betrage von 219 fl., zu deren Bezahlung derselbe in erster Instanz auch verurtheilt wurde. Er ergriff hiegegen die Appellation und während der Prozeß in zweiter Instanz anhängig war, wurde beim Hofgericht des Seekreises ein anonymes Schreiben mit 24 Stück goldener Ringe eingereicht. In diesem, mit den Buchstaben X. H. unterzeichneten Schreiben war gesagt, daß er, der Uebersender, gerührt in seinem Gewissen durch geistlichen Zuspruch während des Jubiläums, die Ringe dem Hofgericht übersende, damit der unschuldige Zembrod nicht in Schaden komme, da er, der Uebersender, und nicht Zembrod die Ringe von Johann Schweikart erhalten habe. Es stellte sich alsbald heraus, daß Joseph Schmidt aus Auftrag des Johann Zembrod dieses Schreiben verfaßt und, nachdem er erfahren, daß die 24 Ringe beim Hofgericht eingekommen seien, den Anwalt des Zembrod informirt und von dem Eintreffen der 24 Ringe in Kenntniß gesetzt hatte, weil, wie er selbst gestanden, er gedacht, daß die Uebersendung der Ringe auf den Civilprozeß Einfluß haben werde. Schmidt wurde deßhalb wegen Diebstahlsbegünstigung in Untersuchung gezogen.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde jedoch

in Erwägung, daß zwar der Angeschuldigte durch diejenigen Handlungen, welche die Begünstigung eines Diebstahls enthalten sollen, in der That bezweckt hat, dem wegen Diebstahlsbegünstigung schon verurtheilten Johann Zembrod die aus dieser Begünstigung gezogenen Vortheile theilweise zu sichern; *)

in Erwägung, daß auch die vom jetzigen Angeschuldigten in dieser Absicht unternommenen Handlungen rechtswidrig, nemlich betrüglich sind, indem sie dem über die Entschädigungsansprüche zu urtheilen berufenen Civilrichter in Aufsuchung und Ermittlung der Wahrheit zu Gunsten Zembrods irre leiten und täuschen sollten;

in Erwägung jedoch, daß dieser vorgesetzte Zweck nicht erreicht wurde, und daß auch die vom Angeschuldigten in Anwendung gebrachten Mittel die beabsichtigte Täuschung gar nicht hervorbringen konnten, indem sie dazu absolut untauglich sind;

in Erwägung, daß aber der Gebrauch absolut untauglicher Mittel unter allen Umständen straflos ist;

in Erwägung, daß auch aus St.G.B. §. 142 sich ergibt, daß die Begünstigung einer Begünstigung straflos bleiben soll, indem nur der Begünstiger des Verbrechers, d. i. des Urhebers oder Anstifters eines Verbrechens mit Strafe bedroht wird *), verfügt;

daß wegen Mangels einer gesetzlichen Strafandrohung kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden, der Angeschuldigte aber in die Kosten des Strafverfahrens zu verfällen sei.

Haager.

V.

Thatbestand des vollendeten Diebstahls.
§. 376 St.G.B.
Annalen XVIII. S. 116 ff.

Johann Brugger von K. war beschuldigt und auch überwiesen, daß er den Fruchtspeicher seines Dienstherrn Ignaz Stephan gewaltsam erbrochen, die vorgefundene Frucht mit drei Säcken in diebischer Absicht von dort genommen und diese Gegenstände bis zu einer schicklichen Gelegenheit zu ihrer Entfernung an eine andere Stelle des Oeconomiegebäudes unter kurzem Futter versteckt habe.

Wegen dieser Handlung wurde Brugger vom Hofgericht des Seekreises der versuchten Entwendung für

*) Offenbar wollte J. Schmidt dem J. Zembrod nur zur Vereitelung der civilgerichtlichen Verfolgung behilflich sein. Unter der gerichtlichen Verfolgung, von welcher der §. 142 des St.G.B. handelt, ist aber ohne Zweifel blos die strafgerichtliche gemeint. Es fehlt daher schon in sofern an einem wesentlichen Erforderniß der Begünstigung, als zur Zeit, wo sich Schmidt zur Ausführung des ihm von Zembrod eingeimpften Schwanks beim Civilgericht gebrauchen ließ, das Strafverfahren bereits durch ein verurtheilendes Erkenntniß seine endgültige Erledigung gefunden hatte. D. R.

*) Vergl. Annalen XX. 56. 328. D. R.

schuldig erklärt. Hiegegen ergriff die Staatsbehörde den Rekurs, die Beschwerde unter Berufung auf Wächter im Archiv des Criminalrechts von 1840 S. 159 ff. und Hufnagel Commentar zum würtembergischen Strafgesetzbuch Band II. S. 306 — 308 dareinsetzend, daß Brugger nicht des vollendeten Diebstahls für schuldig erklärt wurde.

Das großh. Oberhofgericht änderte auch das hofgerichtliche Urtheil dahin ab, daß Brugger der vollendeten Entwendung für schuldig zu erklären und in die vom Staatsanwalt beantragte höhere Strafe zu verfällen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Verurtheilung des Angeschuldigten erscheint nach Ansicht der in der Zusammenstellung des Untersuchungsrichters und in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen aufgeführten Ergebnisse der Untersuchung als gerechtfertigt und die von dem Verurtheilten gegen die Schuldigerklärung erhobene Beschwerde als verwerflich.

Dagegen ist der Antrag des großh. Staatsanwalts, den Angeschuldigten nicht nur des versuchten, sondern des vollendeten Diebstahles schuldig zu erklären und hiernach die Strafe zu erhöhen, begründet.

Das Verbrechen des Diebstahls ist nämlich im Sinne des §. 376 des St.G.B. vollbracht, wenn — wie der Commissionsbericht der badischen 2. Kammer sich ausdrückt — der Thäter in der Absicht, sich die Sache eigen zu machen, in Bezug auf die Sache den Besitz des Inhabers aufgehoben und dieselbe auf eine Weise in seine Gewalt gebracht hat, daß er als deren natürlicher Besitzer anzusehen ist. Dieses Erforderniß zum Thatbestand des vollendeten Verbrechens ist hier vorhanden. Der Thäter hat nämlich die entwendete Frucht in Säcke gefaßt, von der Fruchtschütte, deren Thüre er erbrochen hatte, hinweggetragen und an einer anderen Stelle des Oeconomiegebäudes außerhalb der Fruchtschütte unter kurzem Futter verborgen. Es leuchtet von selbst ein, daß das Fruchtquantum, welches von dem ausschließlich als Verwahrungsort für diesen Gegenstand bestimmten Fruchtspeicher entfernt und in ein Versteck gebracht wurde, dadurch der Verfügungsgewalt des Eigenthümers entzogen worden ist; auch läßt sich nicht bezweifeln, daß der Thäter, indem er die mit Frucht gefüllten Säcke an einem ihm jeder Zeit zugänglichen Orte, wo sie durch Andere zufällig aufgefunden wurden, verbarg, sich in den Naturalbesitz der Sache gesetzt hat. Daß dieses Versteck sich innerhalb des Oeconomiegebäudes seines von ihm bestohlenen Dienstherrn befand, ändert hieran nichts; denn zum Begriff des vollendeten Diebstahles gehört es keineswegs, daß die entwendete Sache an einem dritten Orte in Sicherheit gebracht wurde.

Hiernach war das hofgerichtliche Urtheil — soweit der großh. Staatsanwalt dagegen rekurrirte — unter angemessener Erhöhung der Strafe abzuändern.

Hagger.

VI.

Ueber das Erforderniß der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht bei dem Thatbestand des Betrugs.

Bei dem ersten Blick in den §. 450 St.G.B. fühlt man sich geneigt, die Worte „mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht" auf den unmittelbar vorhergehenden Fall der vorsätzlichen Vorenthaltung der Wahrheit zu beschränken; da es in dem ersten Falle, nemlich jenem der arglistigen Entstellung der Wahrheit, fast wie eine Tautologie erscheint, wenn neben der Arglist auch noch die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht verlangt wird. Indessen zeigt schon die Art der Interpunction, daß man das Erforderniß auf die beiden vorhergehenden Fälle beziehen muß, was durch die Motive und Diskussionen bestätigt wird. So wurde §. 450 jüngst von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises in einem Falle ausgelegt, welcher mir geeignet scheint, auch über die Richtigkeit dieser Gesetzesbestimmung Licht zu verbreiten.

Johann Westenfelder von Leopoldshafen hatte versucht, dem Pfarrer M. in B. ein Geschenk von 12 fl. dadurch abzulocken, daß er demselben vorspiegelte, er bedürfe dieser Summe, um als Gesell in die Weberzunft aufgenommen zu werden, was er durch eine Menge anderer Lügen ausschmückte und glaubhaft machte, ohne jedoch seinen Zweck zu erreichen, da Pfarrer M. anderwärts Erkundigungen einzog, und so die Unwahrheit der Erzählung des Westenfelder entdeckte. Das Amt glaubte, daß hierin der Versuch eines Betrugs liege, allein der Gerichtshof erkannte, daß, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht sei, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. Weil nemlich die Hand-

lung des Westenfelder offenbar nur eine Bettelei war, welcher derselbe durch Lügen Erfolg zu verschaffen suchte, so war man der Ansicht, daß er durch die damit verübte arglistige Entstellung der Wahrheit keine besondere Rechtspflicht verletzt habe, indem derartige sehr häufige, allerdings moralisch verwerfliche, Speculationen auf die Mildthätigkeit der Nebenmenschen überhaupt nicht in die Sphäre von Rechten und Pflichten eingreifen, sondern auch die falsche Bitte um Almosen sich nur an die freie christliche Liebe wende. Dieß führte zu dem Schlusse, daß der Thatbestand eines versuchten Betrugs mangle, und deßhalb sowie mit Rücksicht auf §. 640. 641 St.G.B. erging das erwähnte Erkenntniß.

Dr. Puchelt.

VII.

Curiosum.

Das Bezirksamt X. hat die nach erfolgter Verkündung des Urtheils geschehene Zurückschiebung eines Haupteides aus folgenden Gründen verworfen:

Gemäß §. 549 der Pr.O. kann ein zugeschobener Eid, so lange er nicht geleistet, zurückgeschoben werden; eine gesetzliche Schranke für die Zurückschiebung setzt jedoch der §. 339 der Pr.O., wornach, so oft auf Eid erkannt wird, zugleich ausgesprochen werden muß, was die Folge des Leistens oder Nichtleistens sein solle. Damit jedoch dies dem Richter möglich gemacht werde, muß schon vor Publication des Erkenntnisses die betreffende Prozeßualerklärung ergeben, da gemäß 1121 der Pr.O. dem Richter nach Publication seines Erkenntnisses keine Aenderung mehr zusteht, mit Ausnahme der im Titel 43 bezeichneten Fälle.

Ein nachträgliches Erkenntniß aber über die Folgen des nach der Urtheilspublication zurückgeschobenen Eides kann nicht unter die in jenem Titel aufgezählten Fälle gerechnet werden, da diese, soweit sie von Urtheilsergänzung sprechen, ein dem Urtheil vorausgegangenes Uebersehen voraussetzen, was in den Fällen, da die Zurückschiebung des Eides nach der Urtheilspublication stattfindet, nicht behauptet werden kann.

Aus diesen Gründen &c. &c.

Welchen Zweck hat der §. 549 Pr.O. und wo bleibt seine Anwendung?

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 26. Mannheim, 23. Juni 1855.

I.

Ueber die Umgestaltung der Gerichtsverfassung.

Die Mittheilung, welche in No. 20 und 21 dieser Blätter über die neue Prozeßordnung für das Königreich Hannover gemacht wurde, hat mir einen Vorschlag ins Gedächtniß gerufen, den ich vor mehreren Jahren ausgearbeitet und betreffenden Orts vorgelegt habe, ohne jedoch Berücksichtigung zu finden. Derselbe beruht auf den nemlichen Grundlagen, wie die hannover'sche Prozeßordnung, und kann darum heute noch dazu dienen, den Beweis zu führen, daß wir uns ohne organische Umgestaltungen und ohne finanzielle Opfer alle Vortheile aneignen können, welche dieses allseitig anerkannte Gesetzbuch darbietet. Dies mag zur Entschuldigung dienen, wenn ich jenen ältern, aber noch nicht veralteten Vorschlag nebst seiner Begründung hier mittheile; er lautet:

„Der Vorschlag der großh. Staatsregierung in Betreff der Umgestaltung unserer Justizverfassung beruhte wohl auf dem wiederholt von der zweiten Kammer und allen Sachverständigen ausgedrückten Wunsche, auch in erster Instanz Collegialgerichte zu erhalten. Bei der durch die Gesetze vom 1. März 1845 herbeigeführten Nothwendigkeit der Einrichtung von Bezirksstrafgerichten lag es auch sehr nahe, diesen die Civiljustiz erster Instanz zu übertragen.

Für die sog. Bagatellsachen sollten, nach dem Regierungsvorschlage, die Einzelrichter als Amtsrichter beibehalten, außerdem für Handelssachen besondere Handelsgerichte errichtet werden. Durch diesen Vorschlag wäre den bisherigen Klagen über unsere Justizeinrichtung in Einer Hauptrichtung gründlich abgeholfen worden, weßhalb auch dessen Annahme durch die zweite Kammer keinem Zweifel unterlegen hätte, wenn der Zustand der Finanzen den dadurch herbeigeführten Mehraufwand hätte ertragen können.

Die Nothwendigkeit, Ersparnisse einzuführen, schien aber in der zweiten Kammer so sehr vorzuwiegen, daß sie nicht allein die Einzelrichter beizubehalten, sondern auch die Hofgerichte in kleinere Gerichte aufzulösen beschloß. Dagegen hat sich aber die Stimme der Sachkundigen so laut und so entschieden erklärt, daß man wohl annehmen darf, es werde eben so wenig zur Ausführung dieses wie jenes Planes kommen.

Unter diesen Verhältnissen haben die Hofgerichte in einer Eingabe an das großherzogl. Staatsministerium vorgeschlagen, vorerst alles beim Alten zu lassen, bis die Finanzen eine Umgestaltung, die eine wirkliche Verbesserung genannt werden könnte, erlauben würden. Darüber ist man auch wohl allgemein einverstanden, daß die bisherige Einrichtung dem Vorschlage der zweiten Kammer vorzuziehen ist.

Soll aber die neue Strafgesetzgebung eingeführt werden, so bedarf man der Bezirksstrafgerichte, auch sind die Klagen über die Einzelrichter zu sehr begründet, als daß man sie länger überhören dürfte; endlich würde durch Einführung der Handelsgerichte eine Ungleichheit in der Handhabung der Justiz herbeigeführt, indem Handelssachen durch Collegialgerichte, andere Sachen durch Einzelrichter entschieden würden. Es entsteht daher für den denkenden Juristen die Frage, ob es nicht möglich ist, eine Verbesserung der Justizpflege ohne bedeutende Erhöhung des Kostenaufwands durchzuführen?

Die Lösung dieser Frage soll nachstehend versucht werden.

Wenn wir die Erfahrungen anderer Länder, in denen öffentliches und mündliches Verfahren, so wie Schwurgerichte bestehen, zu Rath ziehen wollen, so dürfte zunächst die französische Justizeinrichtung unserer Aufmerksamkeit

werth sein, weil diese sich seit mehr als fünfzig Jahren so sehr erprobt hat, daß sie die Stürme aller bisherigen Revolutionen überdauerte. Für deren Vortrefflichkeit spricht auch die Erfahrung in den deutschen Rheinlanden, wo man unter vielfach wechselnden Verhältnissen an denselben festgehalten hat und auch in neuester Zeit nicht gesonnen ist, sie mit anderen zu vertauschen.

Es wird daher am Platze sein, bei einer Umgestaltung unserer Einrichtung die Grundsätze, auf welchen die französische beruht, sich zu vergegenwärtigen.

Es sind diese kurz folgende:

1) Verschiedene Behandlung der sog. Bagatell- und anderen Rechtssachen. Die ersteren gehören vor Einzelrichter (Friedensrichter), die letzteren vor Collegialgerichte. Das Verfahren für die erstern ist einfach, zwanglos, wohlfeil und schnell, während das Verfahren für die anderen Sachen durch das Gesetz an bestimmte Formen gebunden ist.

2) Es gibt in allen Sachen nur zwei Instanzen, über diesen steht freilich das Institut des Cassationshofes zur Sicherung der Gleichheit in der Rechtsprechung, der richtigen Anwendung und Fortbildung des Gesetzes.

3) Die Gerichte haben nur die Entscheidung der Rechtshändel. Die Einleitung des Prozesses ist den Anwälten, der Vollzug der Urtheile den Gerichtsboten überlassen.

Würde man bei der Umgestaltung unserer Gerichtsverfassung von den gleichen Grundsätzen, welche sich nun einmal in der Erfahrung bewährt haben, ausgehen, so würde man zu folgender Einrichtung gelangen:

1) Die Bagatellsachen würden den Einzelrichtern verbleiben; dagegen müßte für diese ein besonderes Verfahren ausgearbeitet werden, welches, möglichst einfach, die Justiz leicht zugänglich machte und eine rasche und wenig kostspielige Erledigung der Rechtshändel zuließe. Wird diese Aufgabe glücklich gelöst, so werden die Partheien sich wohl größtentheils selbst vertreten und des Beistandes der Rechtskundigen entbehren können. Aber ein Verbot gegen die Vertretung durch Rechtskundige ist eben so unklug als ungerecht, weil Alle, welche nicht am Sitze des Gerichtes wohnen, nothwendiger Weise sich vertreten lassen müssen, und ihnen deßwegen gestattet sein muß, ihre Interessen den Händen kundiger Personen anzuvertrauen.

Welche Sachen als Bagatellsachen zu behandeln seien, darüber kann ebenfalls die in den Nachbarländern gemachte Erfahrung zu Rath gezogen werden.

Die Franzosen hatten ursprünglich bei Einführung der Friedensgerichte (im Jahr 1790) 100 Franken als Grenze der Competenz derselben bestimmt. Ob diese Summe seitdem erhöht worden, ist mir nicht bekannt.

In Rheinbaiern beträgt sie noch 100 Franken, in Rheinhessen 300; in Rheinpreußen 100 Thaler. Die badische Prozeßordnung hat bisher die Sachen bis zu 100 Gulden als Bagatellsachen betrachtet (§. 673). Welche Summe man aber auch bestimmen mag, so sollte man für diese den Zeugenbeweis zulassen, der bekanntlich jetzt bei einem Werth von über 75 Gulden nicht zuläßig ist. Es versteht sich wohl von selbst, daß auch andere Sachen, abgesehen von ihrem Werth, zur Competenz der Einzelrichter gezogen werden müssen, wie z. B. die in der Prozeßordnung, §. 673, No. 3. 4 und 5, angeführten Sachen, zu denen man noch andere aus dem Code de procédure, A. 3 fügen könnte.

Von den Strafsachen würden alle diejenigen, welche den Amtsrichtern zugewiesen sind, den hier vorgeschlagenen Einzelrichtern zufallen.

Für alle andern Sachen müßten dagegen nach dem oben angeführten Grundsatz Collegien bestellt werden. Man hat bisher immer geglaubt, es sei nothwendig, in jedem Hofgerichtsbezirk mehrere solcher Collegien einzuführen, wobei die Hofgerichte als Appellationsgerichte, das Oberhofgericht als Cassationshof verbleiben würden. Es läßt sich nicht läugnen, daß dieses die vortrefflichste Einrichtung wäre, wenn wir so viele Kräfte im Lande hätten, alle neuen Collegien mit tüchtigen Rechtsgelehrten besetzen zu können. Aber Jedermann wird zugeben müssen, daß schon dieses nicht möglich ist, auch abgesehen davon, daß wir gegenwärtig nicht die Mittel haben, den erforderlichen Mehraufwand zu bestreiten. Aus diesem zweifachen Grunde würde ich vorschlagen, die Hofgerichte zu Gerichten erster Instanz, das Oberhofgericht zu einem Appellationsgericht zu machen und auf den Cassationshof zu verzichten.

Das letztere wird vielleicht keinem Anstand unterliegen, weil man allgemein einsehen wird, daß ein solches Institut, das für ein Land von 36 Millionen Einwohner mit 26 Appellationsgerichten berechnet ist, in unserm kleinen Lande, das jetzt 4, künftig aber nur 2 oder 3 Appellationsgerichte haben soll, schwerlich am Platz sein dürfte.

Anders aber wird der Vorschlag, die Hofgerichte zu Erstinstanzgerichten zu machen, aufgenommen werden,

Diese Gerichte selbst möchten ihm leicht, weil sie darin eine Herabsetzung erblicken könnten, durchaus entgegen sein. Auch wird es nicht an Gründen fehlen, die dagegen aufgebracht werden können.

Am schwersten dürfte der Einwand wiegen, die Gerichtssprengel würden zu groß und darum die Justiz theuer und schwer zugänglich werden; auch könnte man befürchten, daß die Hofgerichte nicht im Stande wären, die Masse der Geschäfte zu bewältigen. Dem ließe sich durch eine Vermehrung der Zahl der Hofgerichte am geeignetsten begegnen. Die Errichtung von drei weiteren Gerichten in Wertheim, Offenburg und Donaueschingen würde dem vorhandenen Bedürfniß hinreichend Rechnung tragen, indem die einzelnen Sprengel alsdann ungefähr 180,000 Einwohner umfassen würden. Die Bezirke der Tribunale in Frankreich haben freilich in der Regel nur 100,000 Einwohner; das Pariser dagegen über eine Million. In Rheinbaiern haben die Bezirke etwa 150,000 Einwohner, eben so viel hat das Mainzer Gericht, das von Alzei nur 70,000.

Dagegen hat Rheinpreußen bei einer Bevölkerung von über 2 Millionen nur 8 Landgerichte, mithin jedes zwischen 200,000 und 300,000 Seelen. Hier sind die Gerichte auch mit 12 bis 15 Räthen besetzt, in Rheinbaiern nur mit 6 bis 7. Nehmen wir für unsere Gerichte 9 Räthe an, so würden im Ganzen etwa 63 Mitglieder zur Besetzung aller 7 Gerichte ausreichen, eine Zahl, welche die gegenwärtige nicht viel übersteigt. Die Kosten würden also dadurch nicht bedeutend vermehrt werden.

Die Zahl von 9 Richtern würde aber nur dann ausreichen, wenn nicht, wie bisher bei den Hofgerichten, fünf, sondern nur drei Richter den Gerichtssitzungen in Civilsachen anzuwohnen haben; es können dann zwei Senate für Civilsachen und ein Senat für Strafsachen gebildet werden, die, wo es erfordert wird, an den nämlichen Tagen Sitzung halten können.

Wenn nämlich die Hofgerichte Erzinstanzgerichte werden, so würden ihnen auch die Strafsachen, welche den Bezirksstrafgerichten durch das Gesetz zugewiesen sind, anheimfallen. Dadurch erhalten die Hofgerichte ungefähr dieselbe Competenz, welche den französischen Tribunalen oder den rheinpreußischen Landgerichten in Bezug auf Zuchtpolizeisachen zugewiesen ist. Dazu würde ihnen freilich auch noch die Abhaltung der Geschwornensitzungen zugetheilt werden müssen. Man hat aber deßhalb nicht zu fürchten, daß daraus eine Geschäftsüberhäufung erwachsen wird, da nach den Erfahrungen in Rheinbaiern, Rheinhessen und Rheinpreußen ein einziges Gericht für die Geschwornensachen ausreicht, während bei uns diese Sachen sich unter sieben Gerichten vertheilen würden.

2) In allen Sachen würden künftig nur zwei Instanzen statt finden. Die Appellation in Civilsachen würde von den Hofgerichten an das Oberhofgericht gehen. In den Sachen, die vor die Geschwornen gehören, findet bekanntlich keine Appellation statt; wird aber das Rechtsmittel der Cassation eingeführt, so gehört dieses vor das Oberhofgericht. Alles dieses versteht sich gewissermaßen von selbst. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, wohin die Appellation von dem Einzelrichter gehen soll? Nach dem französischen Verfahren geht sie an die Tribunale erster Instanz; wollten wir diese Analogie zulassen, so würden die Hofgerichte auch hierzu competent werden. Es läßt sich aber vielleicht eine richtige Würdigung der von dem Einzelrichter nach einem ganz andern Verfahren abgeurtheilten Sachen von den Hofgerichten, welche an strenge Formen gebunden sind, weniger erwarten, und es wäre darum wünschenswerth, daß hier ein Auskunftsmittel gefunden würde, wonach die Appellation an ein solches Gericht ginge, welches mit dem Verfahren in erster Instanz schon vertraut ist. Man könnte z. B. die Einzelrichter eines Hofgerichtsbezirks alle drei Monate zusammen kommen lassen, um durch's Loos oder in anderer Weise ein Gericht von je drei Personen aus ihrer Mitte zu bilden, welches über die Appellation zu entscheiden hätte. Es versteht sich aber dabei von selbst, daß Diejenigen, gegen deren Urtheil appellirt wurde, nicht Mitglieder des Appellationsgerichts sein könnten.

3) Dieser ganze Vorschlag läßt sich aber nur dann durchführen, wenn man gleichzeitig den weitern Grundsatz des französischen Verfahrens annimmt, wonach den Gerichten nur die Entscheidung, nicht aber die Prozeßleitung und Vollstreckung der Urtheile zukömmt. Es ist unmöglich, den Hofgerichten, und dem Oberhofgericht die Erledigung aller ihnen in dem Obigen zugewiesenen Geschäfte zuzumuthen, wenn sie nicht gleichzeitig in anderer Weise erleichtert werden.

Es ist schon von mehreren Seiten, unter Andern auch in den Annalen der Badischen Gerichte, Jahrgang 1842, S. 65 und 203, — 1843, S. 241, — 1848, S. 178; — Karlsruher Zeitung vom 23. November 1848, und vom 4. Januar 1849 nachgewiesen worden, welche

Vortheile auch in dieser Beziehung das französische Verfahren vor dem unsrigen hat; es mag daher überflüssig sein, auf diesen Gegenstand wieder zurückzukommen.

Da aber die Kosten einen so bedeutenden Einfluß auf die Abstimmung in der zweiten Kammer geübt haben, so sei hier nur so viel bemerkt, daß für den Staat durch die Einführung jenes Verfahrens eine bedeutende Ersparniß an Registraturen, Kanzleipersonal und dergl. m. eintreten würde.

Die Rechtsuchenden könnten die Erledigung ihrer Prozesse viel mehr beschleunigen, ohne die Gerichte, wie bisher, stets behelligen zu müssen.

Diese selbst erhalten die Prozesse nicht stückweise, sondern erst, wenn sie vollständig verhandelt sind, wodurch ihnen eine größere Unbefangenheit für die Urtheilsfindung gewahrt wird. Ueberhaupt ist dieses Verfahren so einfach, so leicht und so bequem für alle Theile, daß man sich nicht genug darüber wundern kann, daß man es nicht schon längst bei uns eingeführt hat.

Mit der Vollziehung der Urtheile hat es dieselbe Bewandtniß; es ist gar kein Grund vorhanden, das Gericht bei jeder einzelnen Vollstreckungshandlung anzugehen, es genügt vielmehr, wenn die Urtheile überhaupt die Formel enthalten: „Dies ist von Allen, die es angeht, zu vollziehen.“

Dadurch können die Gerichtsboten ermächtigt werden, die Urtheile mittelst aller Wege Rechtens zu vollstrecken. Eine weitere Ausführung darüber ist hier nicht am Platze, es genüge an der Bemerkung, daß in Frankreich und den Rheinlanden nicht allein Urtheile, sondern auch Notariatsacte in dieser Weise durch die Gerichtsboten vollstreckt werden.

Hierauf beschränkt sich zunächst der diesseitige Vorschlag.

Ein Wunsch knüpft sich aber noch daran, nämlich die Einführung der Friedensgerichte, nicht nach französischem, sondern nach englischem Muster, mit der Umgestaltung unseres Gerichtswesens verbinden zu können. Die englischen Friedensrichter sind keine Rechtsgelehrte, sondern Leute aus dem Volke, welche vom Staatsoberhaupte ernannt, aber nicht besoldet werden. Dadurch wird es möglich, in jedem etwas bedeutenden Orte einen, in größern Städten mehrere Friedensrichter zu ernennen, und dadurch die Justiz um so zugänglicher rascher, und zugleich wohlfeiler zu machen. Ob dieses aber auch eine gute Justiz sei, darüber könnten Manche bedenklich sein. Gelehrte Entscheidungen würde man freilich nicht erhalten, aber solche, die sich auf natürliche Billigkeit gründen.

Da nun alles geschriebene Recht nur als ein Versuch gelten kann, die natürliche Billigkeit in feste Regeln zu fassen, so treffen häufig die Entscheidungen der ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten mit den Ansichten einfacher, ungelehrter Männer zusammen.

Am auffallendsten zeigt sich dies bei Streitigkeiten aus dem Handelsrecht, weßhalb man auch allenthalben Handelsgerichte einführt.

Das berühmte Werk von Pardessus le droit commercial de France, ist ein weiterer Beleg dafür.

Für die Einführung dieser Art von Friedensrichtern sprechen aber andere, so überwiegende Gründe, daß Mancher, der vielleicht mit der obigen Ansicht sich nicht einverstanden erklären kann, sich durch diese dafür bestimmen lassen wird.

In England beruht nämlich der Schutz der persönlichen Freiheit hauptsächlich auf diesem Institut.

Jeder, der aus irgend einem Grunde verhaftet wird, muß vor den nächsten Friedensrichter geführt werden, der seine Verhaftung bestätigt oder aufhebt. Man wird gewiß einsehen, welch' großer Unterschied darin liegt, ob die Verhaftung von einem besoldeten Staatsbeamten oder einem von der Staatsregierung unabhängen Mann ausgesprochen wird. Die Friedensrichter haben ferner die niedere Polizei und sogar die Verwaltung in den Versammlungen, welche alle drei Monate stattfinden. In diesen wird auch über die Appellation, welche gegen die Urtheile einzelner Friedensrichter stattfinden, entschieden.

Abgesehen von diesen wichtigen Gründen würde auch die bedeutende Kostenersparniß schwer in die Wagschale fallen. Man würde dadurch mehr als hinreichende Mittel erhalten, um die oben vorgeschlagenen drei neuen Gerichte einzuführen.

Von den Handelsgerichten ist hier keine Erwähnung geschehen, weil man über deren Einführung allseitig einverstanden ist.“

Ich habe dem kaum Etwas beizufügen. Eine Vermehrung der Zahl der Hofgerichte wäre vielleicht nicht einmal nothwendig, wenn man die Competenz der Friedens- und Amtsrichter etwa bis zu der Summe von fl. 300 festsetzen würde, eine Summe, welche nach dem Gesetzentwurfe der großh. hess. Staatsregierung für die Competenz der Friedensrichter in Rheinhessen bevorwortet

wird. Zur Ausführung des gemachten Vorschlags bedürfte es daher nicht einmal finanzieller Opfer, welche nach Lage der Dinge unsere Staatskasse zu bringen weder geneigt noch im Stande sein dürfte.

Dr. Ladenburg.

II.

Ueber Verkündung der unterrichterlichen Urtheile an die Anwälte.

Bei unseren Untergerichten besteht zur Zeit — und zwar im Mittelrheinkreise auf höhere Anordnung und deßhalb ohne Ausnahme — die Uebung, daß die Anwälte stets nur eine Vorladung zur mündlichen Eröffnung des Urtheils, nie aber eine Ausfertigung desselben erhalten.

Wo der Anwalt am Sitze des Gerichts wohnt, ist dieß unzweifelhaft ganz in der Ordnung, allein wo es an dieser Voraussetzung fehlt, scheint die fragliche Uebung ebensowenig durch das Gesetz der Zweckmäßigkeit als durch das positive Gesetz gerechtfertigt zu sein.

Betrachten wir zunächst die Bestimmungen des positiven Gesetzes:

Daß die Partikel „oder" zwischen „Parteien" und „Bevollmächtigte" in den beiden Absätzen des §. 340 Pr.O. nicht disjunctiv, sondern conjunctiv gebraucht ist, daß damit nicht gesagt ist, die Eröffnung, geschehe sie mündlich oder schriftlich, und ersternfalls am Schluß der Verhandlung oder in besonderer Tagfahrt, müsse entweder an die Parteien oder an deren Bevollmächtigte bewirkt werden, ist wohl klar. Denn die §§. 343. 344 Pr.O. enthalten das kathegorische und unbedingte Gebot, daß der zur mündlichen Eröffnung vorgeladenen aber nicht erschienenen Partei eine Ausfertigung behändigt werden müsse, und erst von dieser Behändigung an gilt dann nach §. 345 Pr.O. das Urtheil als dieser Partei eröffnet.

Ist nun so die Verkündung des Urtheils an die Partei vom Gesetze als absolute Nothwendigkeit für alle Fälle ohne Unterschied geboten, so würde die gleichzeitige Existenz einer Bestimmung, welche die Urtheilsverkündung an die Partei blos electiv mit der Verkündung an deren Bevollmächtigten dem Ermessen des Richters anheim stellte, die offenbarste Antinomie ergeben. — Bevor man aber eine Antinomie als wirklich im Gesetze vorhanden annimmt, muß man doch wohl den Versuch machen, ob eine Vereinigung nicht möglich sei, und sobald man dieß thut, so wird und muß man finden, daß die Vereinigung der §§. 343 und 344 einerseits und der §. 340 anderseits sich sehr leicht und einfach dadurch ergibt, daß man das Wort „oder" in den beiden Absätzen des §. 340 im conjunctiven Sinne, als gleichbedeutend mit „beziehungsweise" versteht.

Wird nun aber einmal diese Auslegung als richtig zugegeben, alsdann ist schlechterdings nicht einzusehen, auf welche Weise man etwa dennoch zu dem Resultat gelangen könnte, daß den Anwälten gegenüber in Bezug auf die Urtheilsverkündung in allen Fällen und unter allen Umständen durch Zustellung einer Vorladung dazu Genüge geschehe.

Aus den §§. 342. 343. 344 kann man sicherlich für eine derartige Ansicht nichts ableiten. Denn diese drei Paragraphen geben nur weitere Bestimmungen für den gewöhnlichen im Abs. 1 des §. 340 bezeichneten Fall, wo die Verkündung entweder mündlich geschehen ist, oder doch Tagfahrt dazu anberaumt war. Man kann daher aus diesen §§. zwar das, aber auch nur das arg. e contr. folgern, daß der Anwalt, dem die Verkündung mündlich geschehen ist, oder der wenigstens dazu vorgeladen war, nicht ebenso, wie die Partei im gleichen Fall, die Zustellung einer Ausfertigung des Urtheils zu verlangen berechtigt ist. In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen aber die Vorladung zur Urtheilsverkündung zu geschehen habe, darüber geben die §§. 342 — 44 ebensowenig in Ansehung der Anwälte als in Ansehung der Parteien irgend welche Bestimmung. Die einzige über diese Frage im Gesetz enthaltene Vorschrift ist die des §. 340, und diese einzige Vorschrift geht mit vollkommener Klarheit und Bestimmtheit dahin, daß die Verkündung des Urtheils zwar in der Regel durch mündliche Eröffnung zu geschehen habe, daß also, wo sie nicht sofort am Schluß der mündlichen Verhandlung erfolgt, in der Regel eine Vorladung dazu zu erlassen sei, daß aber ausnahmsweise in allen den Fällen, wo das Erscheinen desje-

nigen, an den die Verkündung zu geschehen hat, entweder wegen großer Entfernung mit unverhältnißmäßigen Kosten oder mit andern ungewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden sein würde, die Verkündung durch Behändigung einer Ausfertigung zu bewirken sei.

Diese Vorschrift aber ist, weit entfernt, etwa nur die Verkündung an die Parteien selbst zu normiren, vielmehr ganz ausdrücklich für die Verkündung an die Bevollmächtigten der Parteien mitgegeben.

Man kann nun zwar allerdings, gestützt auf §. 344 Pr.O. sagen: Wenn die Anwälte zur mündlichen Verkündung des Urtheils vorgeladen wurden, so haben sie kein Recht, eine Ausfertigung des Urtheils zu verlangen; man lasse also ohne Unterschied in allen Fällen eine solche Vorladung an sie ergehen, und man hat damit ohne Unterschied in allen Fällen den Amtskanzleien die Urtheilsausfertigungen für die Anwälte erspart. —

Eine solche Auffassung mag zwar den Amtskanzleien sehr erwünscht sein, allein sie steht in offenem Widerspruch mit der gesetzlichen Bestimmung des §. 340 Abs. 2 Pr.O. Diese Gesetzesstelle überläßt es nicht der Willkür des Richters, ob er ausnahmsweise einem Bevollmächtigten einer Partei eine Urtheilsausfertigung statt mündlicher Eröffnung zukommen lassen wolle, sondern sie unterstellt nur seinem vernünftigen Ermessen, im einzelnen Fall zu prüfen, ob die mündliche Eröffnung, oder aber die Behändigung einer Ausfertigung das Geeignetere sei, und für diejenigen Fälle, wo nach solchem vernünftigen Ermessen die Behändigung einer Ausfertigung sich als das Geeignetere darstellt, ist auch, bezüglich der Bevollmächtigten ganz in gleicher Weise, wie bezüglich der Parteien selbst, diese Behändigung durch das Gesetz geboten.

An der Hand des positiven Gesetzes kommen wir somit zu dem Resultate, daß die im Eingang bezeichnete Uebung durch dasselbe nicht nur nicht gerechtfertigt wird, sondern im Gegentheil damit geradezu im Widerstreite steht. Aber auch aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit wird sich jene Uebung nicht empfehlen.

Zweckmäßig ist allerdings, daß die Schreibereien bei den Aemtern nach Thunlichkeit vermindert werden, aber in weit höherem Grade unzweckmäßig ist eine Einrichtung, wodurch den Anwälten in den meisten Fällen die Möglichkeit, gleichzeitig mit ihrer Partei offizielle Kenntniß von dem erlassenen Urtheile zu erlangen, abgeschnitten wird. *) Und eine solche Einrichtung ist die oben bezeichnete. Man wird schwerlich im Ernste behaupten wollen, daß dem Anwalt durch die an ihn ergehende Ladung zur mündlichen Verkündung jene Möglichkeit gegeben sei. In der Regel haben zwar Ladungen allerdings den Zweck, das Erscheinen des Geladenen in der angeordneten Tagfahrt herbeizuführen; und wenn der zur Verkündung geladene Anwalt in der Tagfahrt erscheinen würde, so würde er damit ohne Zweifel immer auf die zuverlässigste Weise Kenntniß von dem ergangenen Urtheile erhalten. Allein, kann man bei der Ladung eines auswärts wohnenden Anwalts zur Urtheilsverkündung diesen Zweck auch nur als möglich denken?! — Kein redlicher Anwalt wird es, so wichtig auch in vielen Fällen seine sofortige genaue Kenntniß des Urtheils sich zeigt, mit dem Interesse seiner Partei verträglich finden, dieser blos zum Zweck der Anhörung der Urtheilsverkündung so beträchtliche Kosten aufzuladen, wie sie mit auswärtigen Geschäften nothwendig verbunden sind; kein Richter wird von dem Anwalt die Erwartung hegen, daß er so nutzlos seiner Partei so große Kosten verursache; kein Richter wird aber auch dem

---

*) Die mit einer solchen Einrichtung verbundenen Mißstände sind allzuhandgreiflich, als daß es einer nähern Erörterung derselben bedürfen könnte. Es soll hier nur daran erinnert werden, daß es in allen appellabeln Sachen wohl Pflicht des Anwalts ist, die Appellationsfristen zu wahren; daß es seine Pflicht ist, dieselben wo möglich so zu wahren, daß dadurch dem Recht der Anschließung nicht unnöthigerweise Raum gegeben wird; daß es endlich wohl auch seine Pflicht — und gerade eine seiner allerwichtigsten Pflichten — ist, der Partei gewissenhaften Rath darüber zu ertheilen, ob ein Rechtsmittel gegen das unterrichterliche Urtheil zu ergreifen sei, oder nicht. Die Erfüllung aller dieser Obliegenheiten ist dem Anwalt abgeschnitten oder doch sehr erschwert, wenn er vom Urtheil keine officielle Kenntniß bekommt.

Man wende nicht ein, daß ja die Partei selbst jedenfalls in die Lage gesetzt werde, ihre Rechte wahren zu können. Man weiß, wie häufig die Fälle sind, wo man es der Partei, sei es ihrer Persönlichkeit wegen, sei es aus andern Gründen, nicht eigentlich zum Verschulden anrechnen kann, wenn sie in Wahrung ihrer Rechte etwas versäumt. Und gerade zu dem Zweck geschieht ja die Bestellung eines Anwalts, daß die Partei gegen die nachtheiligen Folgen etwaiger eigener Versehen geschützt sei! — Die Partei, die einen Anwalt bestellt hat, ist zu der Erwartung berechtigt, daß der Anwalt ihre Rechte wahre, und sie ist auch zu der Voraussetzung berechtigt, daß die Institutionen der Rechtspflege ihm die vollständige Wahrung ihrer Rechte möglich machen! —

D. G.

Anwalt zumuthen, daß er etwa unentgeldlich seine Zeit verderbe, und dazu noch die mit der Reise verbundenen baaren Auslagen aus eigener Tasche bezahle! — Der ausgesprochene Zweck, das Erscheinen des Geladenen herbeizuführen, kann somit nicht der wahre Zweck derartiger Ladungen sein. — Wenn man nun aber bei der jüngsten Revision der Pr.O. für geeignet gefunden hat, Ungehorsamsstrafen einzuführen, wenn man wiederholt hervorgehoben hat, das Recht suchende und Recht nehmende Publikum müsse sich an Gehorsam gegen die obrigkeitlichen Befehle gewöhnen, so steht es damit in einem sonderbaren Widerspruch, wenn die Obrigkeit ihrerseits Befehle erläßt, deren Nichtbefolgung sie als sich von selbst verstehend voraussetzen muß, und deren Befolgung sie sogar — wenigstens in Wiederholungsfällen — durch disciplinäres Einschreiten als eine unehrenhafte Handlungsweise zu brandmarken berufen sein dürfte.

Jene Ladungsverfügungen haben aber nicht blos die Eigenheit, daß sie nicht befolgt werden können, sondern sie haben zugleich und wesentlich noch die Wirkung, daß dadurch dem Anwalt das Recht, die Behändigung einer Ausfertigung des Urtheils zu verlangen, abgeschnitten wird.

In diesem Erfolg allein zeigt sich eine praktische Bedeutung derselben, und eben darum stellt sich auch, praktisch betrachtet, dieser Erfolg als der alleinige Zweck jener Ladungen dar. Es handelt sich um die Verkündung des Urtheils an den Anwalt. Die Urtheilsverkündungen geschehen entweder durch mündliche Eröffnung oder durch Behändigung von Ausfertigungen. Nun macht man diese letztere Art der Verkündung dadurch dem Anwalt unzugänglich, daß man ihm eine Ladung zur mündlichen Eröffnung zustellt; man weiß aber dabei, daß der Anwalt dieser Ladung Folge zu leisten außer Stande ist, man macht also jede Verkündung an ihn unmöglich, und gibt dann eben den Akt, durch welchen dieß geschieht, als das für die Urtheilsverkündung an die Anwälte geeignete Verfahren aus. —

In No. 1 dieser Blätter in der ersten Note zu dem unter IV. dortselbst mitgetheilten Plenarbeschluß des mittelrheinischen Hofgerichts werden die Anwälte dahin belehrt, daß die ihnen obliegende Thätigkeit im Fall ihrer Vorladung zur Urtheilsverkündung zu einem auswärtigen Amte darin bestehe, ihre Partei aufzufordern, daß sie ihre Rechte durch mündliche Appellationsanmeldung in der Verkündungstagfahrt selbst wahren möge. — Nun gut, wenn dieß der Zweck der an den Anwalt ergehenden Verfügung ist, warum kleidet man die Aufforderung in die Form einer Ladungsverfügung, in welcher der Anwalt sie zwischen den Zeilen lesen muß? — Wenn man es mit dem Gesetz verträglich findet, dem Anwalt jede Möglichkeit, sich selbst das Urtheil verkünden zu lassen, abzuschneiden, und wenn man ein zureichendes Surrogat dieser Urtheilsverkündung in jener zwischen den Zeilen der Ladungsverfügung zu lesenden Aufforderung findet, so lasse man diese Aufforderung unverhüllt anstatt der Ladungsverfügung an den Anwalt ergehen; oder, was noch kürzer ist, man benachrichtige jedesmal die Partei unmittelbar mit der an sie ergehenden Ladungsverfügung oder Urtheilsausfertigung, daß der von ihr bestellte Anwalt in diesem Stadium des Rechtsstreits außer Stande ist, ihre Rechte zu wahren. Entsteht dann der Partei aus der Nichtverkündung des Urtheils an ihren Anwalt Schaden, so mag sie sich über das Gesetz oder über die Art seines Vollzugs von Seiten der Gerichte beklagen.

Muß man aber anerkennen, daß das Gesetz die Urtheilsverkündung an den Anwalt vorschreibt, so lade man nicht durch eine Vorladung des Anwalts, von der man weiß, daß er ihr nicht Folge leisten kann, auf ihn den Schein des Ungehorsams und damit die Last der Verantwortung!

Trefurt.

III.

Wenn von zwei Gerichten, in deren Sprengel Verbrechen verübt wurden, keines das zuvorkommende ist, so hat das Obergericht zu bestimmen, daß und welches Gericht sämmtliche Untersuchungen zu führen hat.

Zwischen zwei Aemtern des Mittelrheinkreises entstund ein negativer Competenzconflikt, welchen das Hofgericht durch Verfügung vom 8. Juni l. J. J. U. S. gegen Augustin Reif von Greffern folgendermaßen entschied:

Der Angeschuldigte wurde durch ein ihm am 28. Februar l. J. verkündetes Urtheil des Bezirksamts Bühl wegen Rückfalls in den Diebstahl bestraft, und ist nunmehr

dreier weiterer Entwendungen beschuldigt, von denen zwei vor jener Urtheilsverkündung verübt wurden, also gemäß St.G.B. §. 184 Z. 1 §. 478 eine Fortsetzung des bereits bestraften Rückfalls in den Diebstahl bilden. Von den jetzt in Frage stehenden Entwendungen wurden zwei im Bezirke des Amts Rastatt und eine, die älteste, in jenem des Amts Bühl verübt. Unter diesen Umständen würde das Amt Bühl als das zuvorkommende Gericht zufolge §. 8 und 11 St.Pr.O. zur Untersuchung für alle drei Entwendungen competent gewesen sein, wenn nicht die von ihm geführte Untersuchung schon längst ihre Erledigung gefunden gehabt hätte, ehe die neuerliche Anzeige gegen den Angeschuldigten zu seiner Kenntniß kam. (Bekk Erläut. zur St.Pr.O. S. 71). Durch diesen Umstand nämlich ist nach der Rechtsähnlichkeit von §. 11 St.Pr.O. der aus jener Untersuchung herzuleitende Grund für die Zuständigkeit des Amts Bühl beseitigt. Durch die erwähnte Anzeige entstand nun gleichzeitig bezüglich aller drei Entwendungen Verdacht gegen den Angeschuldigten, und das Amt Rastatt protestirte sofort gegen seine Zuständigkeit, indem es jene des Amts Bühl für begründet ansah und dieses zur Einleitung der Untersuchung veranlassen wollte, worauf jedoch das Amt Bühl nicht einging. Demnach bestand von keiner Seite ein maßgebendes Zuvorkommen, und lag mithin ein Fall der Concurrenz verschiedener Gerichte vor, über welchen die Strafprozeßordnung keine ausdrückliche Bestimmung enthält. Da jedoch nach dem in §. 8 St.Pr.O. sanctionirten Grundsatze sämmtliche Untersuchungen von einem und demselben Gerichte geführt werden müssen, so wendete das Hofgericht den §. 17 St.Pr.O. in der Art an, daß es sich darnach für befugt hielt, auch hinsichtlich der wegen mangelnder Gesetzesbestimmung zweifelhaften Zuständigkeit Entscheidung zu geben, und ließ sich bei der ihm sonach gebührenden Wahl zwischen den Aemtern Rastatt und Bühl durch die Rücksichten leiten, welche zu folge §. 8 St.Pr.O. die ausnahmsweise Zuweisung von Untersuchungen bedingen. Da aber in dem Sprengel des Amts Rastatt zwei der drei zu untersuchenden Vergehen verübt worden waren, so wurde dieses mit Führung der Untersuchungen beauftragt.

Dr. Puchelt.

Literarische Anzeige.

Anzeige.

Mit No. 27 nimmt das zweite Semester des **XXII.** Jahrgangs dieser Zeitschrift seinen Anfang. Bestellungen darauf können sowohl bei den großh. Postämtern als bei den Buchhandlungen des Landes gemacht werden.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr.

Man bittet, die Bestellungen gefälligst zu beschleunigen, damit kein Verzug in der Zusendung entsteht.

Mannheim im Juni 1855.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 27.** Mannheim, 1. Juli 1855.

I.

1) Verweisung bewirkt selbst dann keine Rechtswandlung, wenn der Gläubiger auf Grund der Verweisung gegen den angewiesenen Schuldner Urtheil und dessen Eintrag zu Pfandbuch erwirkt hat. Annalen XXI. No. 52.
2) Die Pfandgläubiger unter einander sind zu der Einrede der Pfandfreiheit nach L.R.S. 2198 nicht legitimirt.
3) Auch die Zahlungen vor Verfall der Steigerungstermine und nach Erhebung der Einsprache kommen dem betreibenden Gläubiger zu gut, sofern sie nur vor Zustellung der Ladungsverfügung und des Einhaltsbefehls geschehen sind. Annalen XXII. S. 141. s. 240
4) Wie können diese Zahlungen gegenüber dem Einsprachskläger bewiesen werden?

In Sachen Wertheimer gegen Weber erkannte das mittelrheinische Hofgericht durch Urtheil vom 2. März l. J. auf Grund der obigen Sätze, daß von der Leistung eines suppletorium des Einsprachsbeklagten über erhaltene Zahlungen des Steigschillings die Zulassung oder Verwerfung der Einsprache abhängig zu machen sei.

Entscheidungsgründe.

Nach der Lage der Verhandlungen in der ersten Instanz ist der Einsprachsbeklagte Appellant durch das der Einsprache stattgebende unterrichterliche Urtheil nicht beschwert. Zugestanden ist es nämlich, daß der Einsprachskläger ein älteres richterliches Pfandrecht hat, und der Einsprachsbeklagte bestritt in erster Instanz dessen Vorrang vor dem ihm zustehenden jüngeren Pfandrecht nur deshalb, weil er behauptete, das Pfandrecht des Einsprachsklägers sei durch Rechtswandlung erloschen; allein dies ist nicht der Fall. Denn dadurch, daß der Einsprachskläger in dem Gant- und Vollstreckungsverfahren gegen seinen ursprünglichen Schuldner (Blechner Xaver Weber) für seine Forderung an den Liegenschaftssteigerer (die Ehefrau des Blechners Xaver Weber) angewiesen wurde, trat eine Erlöschung seines Pfandrechts nicht ein, da bezüglich eines solchen verwiesenen Gläubigers gemäß Pr.O. §. 1023 erst die Bezahlung des Steigerungspreises die Befreiung des versteigerten Guts von der Unterpfandslast bewirkt.

Auch der Umstand, daß der Einsprachskläger seine Verweisung gegen die Xaver Weber's Ehefrau vor Gericht geltend machte und unterm 24. September 1851 einen Pfandeintrag des erlangten Urtheils bewirkte, welcher jünger ist, als der des Einsprachsbeklagten, beeinträchtigt sein älteres Pfandrecht nicht, da er nur auf Grund seiner Verweisung klagte, also nicht eine neue (d. h. eine an die Stelle der alten getretene) Forderung geltend machte, und ebensowenig seinen ursprünglichen Schuldner freiließ. L.R.S. 1275. 1278.

Es kommt daher auf die in der Einsprachsklage nicht berührte etwaige Berechtigung des Einsprachsklägers zu dem Vorzugsrechte des Verkäufers hier nicht an.

Im zweiten Rechtszuge berief sich der Einsprachsbeklagte Appellant darauf, daß bei dem Eigenthumsübergang auf die Xaver Weber's Ehefrau ein Pfandschreibereizeugniß ausgestellt worden sei, welches das Pfandrecht des Einsprachsklägers nicht erwähne, und dadurch zufolge L.R.S. 2198 die Entledigung der Liegenschaften von diesem Pfandrechte erfolgt sei.

Zu dieser Einrede ist aber der Einsprachsbeklagte nicht berechtigt, da L.R.S. 2198 nur dem neuen Besitzer der Liegenschaft, nicht auch den Pfandgläubigern untereinander

Rechte gewährt, und der Einsprachsbeklagte lediglich Pfandgläubiger ist.

Dagegen erscheint die weitere neue Einrede des Beklagten Appellanten als erheblich, weil die behaupteten Zahlungen zwar nach Einreichung der Einsprache, aber doch lange vor der Zustellung der hierauf erfolgten Ladungsverfügung an den Beklagten Appellanten geschehen sein sollen, mithin gemäß Pr.O. §. 1040 verglichen mit §. 286. Z. 7 die Einsprache des Klägers, bezüglich dieses Theiles der verwiesenen Erlöse ausschließen würden.

Daß die Zahlungen theilweise vor der bedungenen Verfallzeit geleistet wurden, ist, da und sofern keine Gefährde behauptet wird, unerheblich. — Pr.O. §. 1035. L.R.S. 1187.

Es ist daher zu prüfen, ob der hierwegen auferlegte Beweis gelungen ist? Die von Einsprachskläger als ächt anerkannten Quittungen in Verbindung mit den Angaben der Acitaten Mutterer und Straub ergeben auch so viel Beweis, daß unter Berücksichtigung von Pr.O. §. 587 dem Einsprachsbeklagten das Erfüllungshandgelübde auferlegt werden muß. *) Darauf aber, ob die Erhebung der Einsprache den Betheiligten bei jenen Zahlungen bekannt war, kommt nichts an, da nur die Zustellung der Ladung und des Einhaltsbefehls Wirkung haben kann.

Obwohl im vorliegenden Falle nicht in Anregung gekommen, so liegt doch die Frage nah:

Welche Rechte gewährt die Verweisung dem Gläubiger?

Dieselbe ist in neuerer Zeit so vielfältig erörtert worden (oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. XIII. S. 228, Annalen XIX. S. 148, XX. S. 238, XXI. S. 79. 117. 130, XXII. S. 20. 45. 130), daß ich nicht bezwecke, in das Einzelne des Streitmaterials einzugehen, und so dasselbe zu vermehren, sondern mich vielmehr darauf beschränke, die meiner Ansicht nach maßgebenden Grundsätze anzudeuten, auf welchen auch die Praxis des mittelrheinischen Hofgerichts beruht, soweit mir wenigstens dieselbe bekannt geworden ist. Dabei unterstelle ich eine Verweisung, welche auf den Schuldner selbst lautet, und abstrahire von der indirekten, welche den Gläubiger an einen Einzugs- oder Massecurator verweist. Vor Allem muß man die einzelnen Fälle, in denen Verweisungen vorkommen, wohl von einander unterscheiden.

I. Verweisungen bei Erbtheilungen und reinen Vermögensübergaben.

Unter reinen Vermögensübergaben verstehe ich hier solche, bei welchen für das hingegebene Vermögen nicht ein Kaufpreis bedungen ist. Diese Verweisungen enthalten in Wahrheit nur eine Belehrung darüber, welcher Rechtsnachfolger seines Schuldners sich zunächst verpflichtet hat, ihn zu befriedigen, denn die Forderung bleibt die gleiche, da die ihr entsprechende Schuld unverändert auf die allgemeinen Rechtsnachfolger des Schuldners übergeht und die Verweisung hindert den Gläubiger weder den betreffenden Theil seiner Forderung gegen jeden Einzelnen der allgemeinen Rechtsnachfolger geltend zu machen, noch den Vermögensübergeber als seinen ursprünglichen Schuldner zu belangen, natürlich immer vorausgesetzt, daß sich der Gläubiger dieses Rechts nicht durch seine eigene Handlung freiwillig begeben hat. — L.R.S. 870. 873. 1100 de. 1275. 1983 e.

II. Verweisungen bei den in Form von Kaufverträgen abgeschlossenen Vermögensübergaben und bei freiwilligen, durch öffentliche Versteigerung oder auf andere Weise bewerkstelligten Verkäufen.

Da der Verkäufer (und als solcher erscheint in dem hier unterstellten Falle auch der Vermögensübergeber) ebensowohl die Absicht haben kann, die Abtragung seiner Schulden auf die Weise zu bewirken, daß er dem Käufer die Verbindlichkeit auflegt, den Kaufschilling ganz oder theilweise an Dritte, nemlich an Gläubiger des Verkäufers, zu bezahlen, als auf die Weise, daß er sich bedingt, der Käufer müsse neben dem von ihm zu zahlenden Kaufpreis

---

*) Sofern nicht der im Verkehre höchst seltene Fall vorliegt, daß der zahlende Steigerer sich eine Quittung in öffentlicher Urkunde ausstellen läßt, oder daß Zeugenbeweis zulässig ist, wird der Beweis, daß die Zahlung nach Pr.O. §. 1040 rechtzeitig erfolgt ist, sicher schwer zu führen sein. L.R.S. 1328.

Im Geiste einer gewissen Milde nahm daher der Gerichtshof an, daß die Privatquittungen in Verbindung mit deren Bestätigung durch den abcitirten Steigerer genügen, um einen Reinigungseid aufzulegen, welcher hier wegen des geringen Betrags der davon abhängigen Summe in Form eines Handgelübdes zu fassen war.

gewisse Schulden des Verkäufers übernehmen, und da beide Gedinge gleich gültig sind (L.R.S. 1236. 1239. 1275), die Verweisung aber nichts ist, als die Notifizirung dieser Stipulationen an Gläubiger und Schuldner, mithin diese nicht abändern kann, so handelt es sich hier nur um eine Thatfrage, über welche der Wortlaut der Vertragsurkunde entscheidet. Liegt danach nur eine Schuldenübernahme vor, so gewährt die Verweisung dem Gläubiger weiter kein Recht, als daß er nun für seine unverändert fortbestehende Forderung zwei Schuldner, nemlich den ursprünglichen und den Käufer, belangen kann. Ist aber der Kaufpreis selbst bestimmt worden, um den Gläubiger zu befriedigen, so wird derselbe durch die Verweisung in den Stand gesetzt, sich dies Geding nach Maßgabe von L.R.S. 1121 zu eigen zu machen, also von dem Käufer den betreffenden Theil des Kaufpreises zu begehren und dafür natürlich auch das accessorium, nemlich das Vorzugsrecht geltend zu machen. (Analogie des L.R.S. 1692.) Unter den letzteren Fall ist namentlich die am häufigsten vorkommende Art des Gedings zu rechnen, welche so lautet: „Der Kaufpreis ist nach Verweisung zu zahlen," denn damit ist offenbar nur gesorgt, daß die Zahlung des Kaufpreises an dritte, noch zu benennende Personen, für Rechnung des Verkäufers geschehen solle, was nicht das Wesen der Kaufpreisschuld alterirt, sondern nur bezüglich des Empfangsberechtigten eine Abänderung der gewöhnlichen Vertragsbestimmungen enthält.

Gibt die Fassung des Vertrags keine bestimmte Auskunft, so sind die gewöhnlichen Auslegungsregeln zur Anwendung zu bringen, was nach L.R.S. 1156 meistens dazu führen wird, eine Verweisung in dem letzt erwähnten Sinne anzunehmen, da sie dem Verkäufer größere Sicherheit für Abtragung seiner Schulden gewährt, indem der Gläubiger alsdann das Vorzugsrecht des Verkäufers genießt.

Liegt eine wirkliche Anweisung an Zahlungsstatt vor, welche aber nicht blos an den Käufer gerichtet sein darf, sondern auch dem Gläubiger zugehen muß, so hat die Sache gar keine Schwierigkeit, da der Anweisungsempfänger als Gewalthaber des Verkäufers erscheint (L.R.S. 2010a), und somit dessen Rechte, also auch das Vorzugsrecht, auszuüben befugt ist. (L.R.S. 1984.)

Daß der Gläubiger ungeachtet der Anweisung an Zahlungsstatt und neben dieser seine ursprüngliche Forderung behält, so lange nicht gewisse Ausnahmen eintreten, folgt aus L.R.S. 2010g. 2010h, und gerade dies zeigt, wie es gar nichts Abnormes ist, daß der Gläubiger für seine Forderung zwei verschiedene Titel, nemlich kraft der Verweisung jenen des durch ein Vorzugsrecht gesicherten Kaufpreises und daneben den ursprünglichen des Darleihens und dgl. m. hat. Vrgl. Pr.O. §. 986. — Dieß wird nun regelmäßig der Fall sein, wenn durch die auf den Vertrag gebaute Verweisung der Gläubiger Anspruch auf den Kaufpreis und dessen Vorzugsrecht erlangt hat, da die Ausübung des in L.R.S. 1121 gewährten Rechts in seinem Belieben steht, und er, wenn er sich dessen nicht bedienen will, seine, durch den Vertrag zwischen Dritten nicht alterirten, ursprünglichen Forderungsrechte geltend macht, und selbst die Ausübung jenes Rechts keinen Verzicht auf die letzteren enthält, sondern nur den Sinn hat, daß der Gläubiger sich für seine Befriedigung ein weiteres Sicherungsmittel verschafft. L.R.S. 1283. Pr.O. §. 986.

III. Verweisungen im Vollstreckungsverfahren.

Ob im gewöhnlichen Vollstreckungsverfahren, oder in Folge des Vertheilungsbescheids im Gantverfahren die Verweisung ergeht, macht selbstverständlich keinen Unterschied. Diese Verweisung nun ist gleich der ihr verwandten richterlichen Zuweisung einer ausstehenden Forderung des Schuldners (Annalen XVIII. S. 45) eine modifizirte Art von Anweisung an Zahlungsstatt, welche dem Gläubiger das Recht der gerichtlichen Betreibung des neuen Schuldners gewährt (Pr.O. §. 982 Z. 3 und 4), mithin in unserem Fall das Recht, die an ihn verwiesenen Steigerer zu belangen, also den betreffenden Theil der Steigschillings-, das ist, Kaufpreisforderung nebst dem Vorzugsrechte geltend zu machen, vrgl. §. 1030 Pr.O. wobei das Gesetz selbst (Pr.O. §. 1023) bestimmt, inwieweit sein ursprünglicher Rechtstitel gegen Dritte fortbesteht, während es nach Pr.O. §. 903. 985 und 986 keinem Zweifel unterliegt, daß der Gläubiger, soweit er ohne sein Verschulden von dem angewiesenen Steigerer keine Befriedigung erhält, auf den ursprünglichen Schuldner zurückgreifen darf.

Dr. Puchelt.

II.

Ueber Erbrecht und Erbvertretungsrecht der im Auslande geborenen Kinder eines ausgewanderten Badners.

Annalen XIX. S. 37. XXI. S. 411.

Durch Erkenntniß v. 3. Juli 1850 war Jak. Walter von Willstett für verschollen erklärt worden. Seine nächsten Verwandten sind die Kinder der Georg Hetzel'schen Eheleute, weil die Frau Hetzel die einzige Schwester des Verschollenen war. Bei der Erbtheilung wurden aber die Hetzel'schen Kinder, weil ihre Eltern schon im Jahr 1836 mit Staatserlaubniß nach Nordamerika ausgewandert, und Erstere selbst dort zur Welt gekommen sind, als Ausländer von dem liegenden Erbvermögen ausgeschlossen, welches sofort entfernteren Verwandten zufiel. Die Hetzel'schen Kinder forderten nun von Letzteren die Herausgabe dieses Vermögens, indem sie behaupteten, daß ihnen, ungeachtet jener Verhältnisse das badische Staatsbürgerrecht zustehe, und daß nach L.R.S. 120 der Zeitpunkt entscheide, wo Jakob Walter vermißt worden sei, nemlich das Jahr 1831. Daraus ergebe sich aber, daß die Jakob Walter'sche Verlassenschaft der Gg. Hetzel'schen Ehefrau eigentlich schon vor ihrer Auswanderung anerfallen sei. Die Beklagten widersprachen Beides, und machten geltend, daß nach L.R.S. 120 a der Zeitpunkt der Verschollenheitserklärung maßgebend sei, mithin das Jahr 1850, in welcher Zeit die Auswanderung längst geschehen, und sogar die Mutter der Kläger nicht mehr am Leben war.

Das Amt wies die Kläger ab, und das mittelrheinische Hofgericht erließ unterm 8. Juni l. J. ein bestätigendes Urtheil. (In Sachen Hetzel gegen Müll und Genossen.)

Entscheidungsgründe.

Wie in der heutigen mündlichen Schlußverhandlung von dem appellantischen Anwalte selbst zugestanden wurde, und wie die Administrativakten über die Auswanderung der Georg Hetzel V. Eheleute nachweisen, sind die Eltern der Kläger nach förmlicher Entlassung aus dem badischen Unterthanenverband nach Nordamerika ausgewandert, so daß die erst nach der Uebersiedlung in Amerika geborenen Kläger als Ausländer erscheinen, und nicht ein blos ruhendes badisches Staatsbürgerrecht haben, was das Gesetz nur den zur Zeit der Auswanderung bereits vorhandenen minderjährigen Kindern vorbehält, sondern vielmehr die Eigenschaft von Inländern durch Erfüllung gewisser Bedingungen lediglich wieder erlangen können, jedoch nur, um solche Rechte auszuüben, die ihnen nach dem Zeitpunkt des wieder erlangten badischen Staatsbürgerrechts angefallen sind. L.R.S. 17. Ziff. 1. 3. VI. Constitutions-Edikt §. 6 lit. a, L.R.S. 10. Abs. 2 L.R.S. 20.

Da nun von einer solchen bereits erfolgten Wiedererlangung der Eigenschaft von Inländern keine Rede ist, so haben die Kläger, mögen sie im Staate New-York oder im Staate New-Jersey wohnen, kein Erbrecht an den im Großherzogthum Baden befindlichen liegenschaftlichen Vermögenstheilen, da diese beiden Staaten das Erbrecht von Nicht-Amerikanern in der gleichen Weise beschränken. L.R.S. 726. 11. Annalen 1852 S. 37.

Diese hier in Frage stehende Erbschaft des Jakob Walter kann aber nur entweder den Klägern selbst, oder deren verstorbenen Mutter anerfallen sein. Im ersten Falle ist es schon nach dem Obigen klar, daß die Kläger keinen Anspruch auf den liegenschaftlichen Theil dieses Nachlasses haben, und auch der Umstand, daß sie kraft Erbvertretungsrechts (L.R.S. 742) an die Stelle ihrer Mutter vorrücken, ändert hieran nichts, denn die Ausübung des Erbvertretungsrechts ist davon abhängig, daß der Erbe und diejenige Person, an deren Stelle er treten will, erbfähig sind, somit steht den Klägern ihre eigene und ihrer Mutter Erbunfähigkeit entgegen, welche für Beide wegen der Eigenschaft als Ausländer hinsichtlich der Liegenschaften vorhanden ist. Zachariä französisches Civil-Recht Bd. IV. S. 32. Note 8 und im Texte vor Note 10. — Wollte man den ersten Fall annehmen, und also unterstellen, daß die Mutter der Kläger zur Zeit des Anfalls der Jakob Walter'schen Erbschaft noch am Leben war und noch das badische Staatsbürgerrecht besaß, so würde ein Recht der Kläger auf jene Liegenschaften ebenfalls nicht begründet sein. Dann nämlich hätte die Mutter der Kläger jenen ganzen Nachlaß geerbt, und die Kläger würden jetzt nach dem Tode ihrer Mutter per transmissionem hereditatis das dieser anerfallene Vermögen begehren (Zachariä Bd. IV. §. 597 im Texte vor Note 1 S. 29), sie träten mithin als Erben ihrer Mutter auf. Allerdings war die Mutter der Kläger zur Zeit, als sie starb, Ausländerin, allein zufolge L.R.S. 726 konnten die Kläger den in Baden befindlichen liegenschaftlichen Nachlaß ihrer Mutter nicht erben, weil sie,

wie gesagt, stets Ausländer waren, und die Bestimmung des L.R.S. 726 ausdrücklich auch auf den Fall ausgedehnt ist, wenn der Erblasser selbst ein Ausländer ist. Die Frage, ob, wenn das Jakob Walter'sche Vermögen einen Theil der Verlassenschaft der Mutter der Kläger bildet, die Theilung anders zu geschehen hätte, als sie nunmehr vorgenommen wurde, ist unerheblich, da die Kläger doch keinenfalls die Liegenschaften erhalten können. Unter diesen Verhältnissen bedarf es auch keiner Erörterung darüber, ob nach den Bestimmungen von L.R.S. 120. 120a wirklich der Mutter der Kläger, als sie noch Inländerin war, die Hinterlassenschaft des Jakob Walter angefallen ist.

Dr. Puchelt.

III.

Ueber Ablösung der Fischereirechte, insbesondere über das Eigenthumsrecht des Staates oder der Gemeinden an einem Flusse je nach dessen Floßbarkeit.

Annalen XXI. 197.
Magazin für bad. Rechtspflege ꝛc. ꝛc. I. 348.

Der in dem allegirten Aufsatze aufgestellte Grundsatz, daß bei Beurtheilung der Floßbarkeit eines Flusses nur der gegenwärtige Zustand desselben nach der Bestimmung des §. 1 der Vollzugsverordnung vom 26. März 1853 (Reg.-Bl. No. 13 S. 105) maßgebend sei, wurde in der Entscheidung großh. Ministeriums des Innern bezüglich des Anspruchs der Albthalgemeinden anerkannt, mit der weiteren Ausdehnung, daß diese Floßbarkeit eine aus der gegenwärtigen natürlichen Beschaffenheit des Flusses selbst, ohne weitere künstliche Vorrichtungen, welch' letztere das Erkenntniß großherzogl. Regierung des Mittelrheinkreises zugelassen hatte, von selbst sich darstellende sein müsse.

Die großh. Regierung des Mittelrheinkreises erkannte nämlich unter dem 22. August 1854 No. 23,070:

„Es ist nicht bestritten; und erhellt aus den vorliegenden älteren Akten, daß die Alb in früherer Zeit mit zusammengefügten Hölzern befahren worden ist. Gegenwärtig findet die Flößerei auf diesem Flusse nicht statt. Nach dem Gutachten der Wasser- und Straßenbauinspektion ist aber die Wassermasse desselben so bedeutend, daß Flöße von zusammengefügten Hölzern jetzt ebenso wie früher und gleichmäßig wie auf der Enz oberhalb Pforzheim, wo die Holzflößerei in Betrieb ist, befördert werden können. Trockene Jahrgänge, und die am Flusse bei Ettlingen und anderwärts vorhandenen Wasserwerke bilden kein Hinderniß der Flößerei, indem für die verschiedenen Gewerbanlagen eigene Kanäle angelegt sind, bei deren Wehren die Flößerei durch Fluthschleußen im Gang erhalten werden kann, und der durch Trockenheit herbeigeführte geringere Wasserstand dadurch zu ersetzen ist, daß das Wasser in Sammelweihern in den obern Thalstrecken, deren Herrichtung bei den vorhandenen Terrainverhältnissen keine besondere Schwierigkeit verursacht, benützt wird.

Der gegenwärtige Zustand des Albflusses ist also der Art, daß die Flößerei darauf ausgeübt werden kann, und wenn auch künstliche Vorrichtungen dazu erforderlich sind, so benimmt ihm dies seine Floßbarkeit nicht, da die Verordnung vom 26. März 1853 nicht unterscheidet, ob das Flößen nur mittelst besonderer künstlicher Vorrichtungen zu betreiben ist, oder nicht.

Daß die Flößerei wirklich ausgeübt wird, kann die Floßbarkeit eines Flusses nicht bedingen. Die Ausübung der Flößerei ist etwas zufälliges, sie hängt von örtlichen und sonstigen Verhältnissen ab, welche bei der Frage, ob ein Wasser als floßbar zu betrachten ist, oder nicht, nichts entscheiden. Gedachte Verordnung sagt auch mit dürren Worten, daß die Floßbarkeit eines Flusses davon abhänge, ob er mit Flößen befahren werden kann, und nicht ob er befahren wird! Daher ist es unzulässig, die Floßbarkeit von der wirklichen Ausübung der Flößerei abhängig zu machen.

Aus diesen Gründen wird mit Bezug auf §. 1 der Vollzugsverordnung von 1853 No. 13 die Alb für ein floßbares Wasser erklärt."

Auf den von den Albthalgemeinden hiergegen ergriffenen Rekurs erkannte das großh. Ministerium des Innern unter dem 15. Juni 1855, No. 7646 abändernd:

„Wir haben darüber, ob auf der Alb Langholzflößerei getrieben werden kann, oder nicht, noch das Gutachten der großh. Oberdirektion des Wassers und Straßenbaues erhoben, und dieses ist dahin ausgefallen, daß dieser Fluß auch abgesehen von den daran liegenden Gewerken, nicht von der Beschaffenheit sei, daß er ohne künstliche Vorrichtungen und Beiwerke zur Flößerei mit gebundenen Höl-

zern gebraucht, und nach der Interpretation im §. 1 der Vollzugsverordnung vom 26. März 1853 zum Fischereigesetze im Sinne des L.R.S. 538 als schiffbar oder floßbar erkannt werden könne.

Hiemit stimmt auch das Gutachten der Wasser- und Straßenbauinspektion vom 3. Juli v. J. in so fern überein, als auch nach diesem zu einer ununterbrochenen und gefahrlosen Flößerei verschiedene Vorrichtungen angebracht werden müssen. Nach diesen beiden Gutachten kann also auf der Alb in ihrem dermaligen Zustande keine Langholzflößerei getrieben werden. Es verlangen aber der L.R.S. 538, der §. 1 Abs. 1 des Fischereigesetzes vom 29. März 1852 und §. 1 Abs. 3 der Vollzugsverordnung dazu vom 29. März 1853, daß der Fluß schiffbar oder floßbar, d. h. thatsächlich so beschaffen sei, daß derselbe mit zusammengefügten Hölzern befahren werden kann. Es genügt nicht, daß der Fluß so hergerichtet werden könnte, daß das Flößen auf demselben möglich sei, denn sonst würde jeder Fluß oder auch jeder Bach für floßbar zu erklären sein, weil jeder Bach durch künstliche Vorrichtungen floßbar gemacht werden kann, sondern es muß der Fluß entweder schon von Natur so beschaffen sein, oder durch Kunst so hergerichtet (nicht herrichtbar) sein, daß darauf geflößt werden kann. Brauer Erläuterungen I. S. 391. Die Auslegung wird auch in Frankreich dem Art. 538 des Code civil gegeben.

In den ersten Zeiten nach Einführung desselben wurde dort ein Fluß nur dann für schiffbar oder floßbar gehalten, wenn in der That darauf geschifft oder geflößt wurde. Sirey Rec. 1822, 2. 113 — 1824. 1. 1. Die spätere Praxis nahm aber die Schiff- und Floßbarkeit schon dann an, wenn — sei es von Natur oder durch künstliche Vorrichtungen — die Möglichkeit vorhanden war, auf dem betreffenden Flusse zu schiffen oder zu flößen. Rogron zu Art. 538.) Diese Praxis wurde dann auch von dem Fischereigesetze vom 18. April 1829 angenommen. Es wird also auch in Frankreich nur dann ein Fluß für floßbar erklärt, wenn darauf geflößt und nicht schon dann, wenn derselbe zur Flößerei hergerichtet werden kann.

Hiernach erscheint die Alb zur Zeit als kein floßbarer Fluß und wird erkannt:

> Daß die Alb, so weit sie die Gemarkungen der rekurrirenden Gemeinden Ettlingen, Burbach, Spielberg, Pfaffenroth, Etzenroth und Busenbach durchfließt, für ein zur Zeit nicht schiffbarer oder floßbarer Fluß zu erklären sei. Scholl.

VI.

Rechtsfall.

Zur Lehre über die Rechtskraft.

Valentin Ziegler hatte gegen Feist und Abraham Oppenheimer den Kaufpreis für Wolle eingeklagt, Abraham Oppenheimer seine Betheiligung an dem Kaufe beabredet und den urtheilsmäßigen Eid:

> „es sei nicht wahr, daß er am 1. Juli 1836
> „mit Feist Oppenheimer, dem Kläger, 15 Centner
> „Wolle um 77 fl. der Centner und 18 Centner
> „Wolle um 66 fl. den Centner abgekauft habe;“

ausgeschworen. Feist Oppenheimer hatte sich als alleinigen Käufer dargestellt, jedoch behauptet, daß die erste Sorte nur 1416 Pfd., die zweite aber 1742 Pfd. gewogen und für je 104 Pfd. der ersten der Preis von 77 fl. für die 104 Pfd., der andern aber nur der Preis von 60 fl. — bedungen worden sei.

Er hatte ferner die Einrede der Zahlung vorgeschützt und folgende urtheilsmäßige Eide ausgeschworen:

> „Es sei nicht wahr, daß er die vom Kläger bezeichnete Quantität Wolle, nämlich 15 Zentner um 77 fl. den Zentner und 18 Zentner um 66 fl. den Zentner am 1. Juli 1836 von dem Kläger in Heilbronn gekauft habe; ferner es sei wahr, daß Isaak Höchheimer von Unterschüpf die von ihm vorgelegte Quittung vom 10. Juli 1836 unterschrieben habe.

Hiernach wurde die Berechnung Feist Oppenheimers als richtig und die Einrede der Zahlung als erwiesen, Abraham Oppenheimer aber als an dem Kaufe nicht betheiligt angenommen. Es erfolgte unterm 6. November 1852 das Purificationserkenntniß, wornach der Kläger mit seiner Klage abgewiesen wurde.

Am 18. Mai 1853 erhob Ziegler eine neue Klage gegen Abraham Oppenheimer und Max Hecht, dessen Vermittlung bei dem Kaufe er in der früheren Klage behauptet hatte, auf Zahlung des Kaufpreises für Wolle unter sammtverbindlicher Haftbarkeit, er ließ sie jedoch, insoweit sie gegen Max Hecht gerichtet war, im Laufe des Prozesses fallen. Abraham Oppenheimer schützte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auf den Grund des im frühern Prozesse ergangenen Urtheils vor. Der Unterrichter hielt diese Einrede bei den zwischen bei-

den Klagen vorhandenen Verschiedenheiten, die in den unten folgenden Entscheidungsgründen aufgeführt sind, für unbegründet, während das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises dieselbe in seinem Urtheil vom 27. Januar d. J. für begründet erachtete und zwar aus folgenden

Gründen:

„Die Vergleichung des vorliegenden Rechtsstreites mit dem frühern von dem Kläger gegen Abraham und Feist Oppenheimer geführten Prozesse läßt auch nicht dem geringsten Zweifel Raum, daß beide Prozesse ein und denselben Kauf und den Kaufpreis aus ein und demselben Rechtsgeschäfte zum Gegenstand haben. Hiefür spricht insbesondere die Uebereinstimmung des Tages und Ortes des Kaufes, der dabei betheiligten Personen, die nahe zu gleiche Quantität der Waare, der bei beiden Rechtsgeschäften wenigstens ursprünglich gleiche Kaufpreis die nahezu gleiche Abschlagszahlung, deren Differenz von 23 fl. sich durch Berechnung eines Abzugs von 8 Säcken erklärt, die Berufung auf ein und dieselbe Urkunde, nämlich den Auszug aus dem Heilbronner Wagprotokoll vom 1. Juli 1836 und die gleichen Zeugen und endlich die vom Kläger in dem Protokoll vom 3. Mai 1853 am Schlusse des frühern Prozesses abgegebene Erklärung, nach welcher er den Max Hecht und Abraham Oppenheimer als Käufer der Wolle darstellt und welche den Uebergang zu der am 18. Mai 1853 erhobenen neuen Klage verdeutlicht, so wie der Umstand, daß erst in der zweiten Instanz dieses Rechtsstreits von dem klägerischen Anwalt ein zweiter Verkauf behauptet werden zu wollen scheint, während weder in dem frühern Prozesse, noch in der ersten Instanz dieses Rechtsstreits eines weitern Kaufes auch nur mit einer Sylbe erwähnt wurde.

In dem frühern Prozeß behauptete jedoch Kläger, er habe seine Wolle unter Vermittlung des Max Hecht an Feist und Abraham Oppenheimer verkauft, ohne eine Sammtverbindlichkeit der beiden Käufer geltend zu machen, während er in dem jetzigen Prozeß Max Hecht von Hainstadt und Abraham Oppenheimer als Käufer benennt und behauptet, daß sich dieselben für die Kaufsumme sammtverbindlich haftbar gemacht hätten.

In dem frühern Prozeß gab Kläger an, es sei der Preis der Wolle mit Max Hecht auf 77 fl. der Centner vereinbart, dieser Preis jedoch nur bei 15 Centnern beibehalten, bei den übrigen Centnern aber später auf 66 fl. der Centner gemindert worden; in dem jetzigen Prozeß behauptete der Kläger, der Preis des Centners betrage bei der ganzen Quantität 77 fl. und bestimmte er die Quantität nicht auf 33 Centner, sondern auf 31 Centner 56 Pfund. In dem frühern Rechtsstreite berechnete er den Gesammtkaufpreis auf 2323 fl. und forderte, indem er eine Abschlagszahlung von 523 fl. anerkannte, 1800 fl., in dem jetzigen berechnete er den Gesammtkaufpreis auf 2431 fl. 29 kr. und fordert, indem er eine Baarzahlung von nur 500 fl. anerkennt, 1931 fl. 39 kr.

Es fragt sich zunächst, ob das Purificationserkenntniß vom 6. November 1852 die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache für den vorliegenden Rechtsstreit begründet? Es wäre dies der Fall, wenn der Beklagte aus dem früher abgeurtheilten Recht von Neuem in Anspruch genommen würde und zwar über die Grenzen der rechtskräftigen Verurtheilung hinaus. Hiezu ist nöthig, daß beide Rechtsstreite mit einander gemein haben: dieselbe Rechtsfrage und dieselben Personen, von welchen Erfordernissen das erstere wieder denselben Streitgegenstand und Einheit des Klaggrundes verlangt. L.R.S. 1351 L. 3. D. de except. rei jud. 44. 2. L. 7. §. 4. eod.

Handelt es sich nun in beiden Fällen um ein und denselben Verkauf und um Zahlung des Kaufpreises aus diesem Verkaufe, ist mithin im Allgemeinen Streitgegenstand und Klaggrund der nämliche, so fragt es sich in wie weit die Verschiedenheiten beider Klagen in Betracht kommen.

Was zunächst den Umstand anbelangt, daß jetzt der Kaufpreis von nur 31 Ctr. 56 Pfd. gefordert wird, so kann derselbe der Identität des Streitgegenstandes keinen Abbruch thun. Denn die Freisprechung des Beklagten im frühern Rechtsstreit geht nicht blos auf das Ganze, sondern auch auf jeden denkbaren Theil des Ganzen, weil auch auf diesen der Richter hätte sprechen können, also nicht blos auf die Freisprechung des Beklagten bezüglich des Kaufpreises von 33 Ctr., sondern auch bezüglich des Kaufpreises von 31 Ctr. 56 Pfd.

L. 7. pr. D. de except. rei jud. 44. 2.
Savigny, System des heutigen röm. Rechts. VI. Bd. S. 306. 377. 444. 446.
Stabel, Vorträge über den bürgerlichen Prozeß S. 48.

Die Verschiedenheit des Preises der Wolle und die daraus sich ergebende Verschiedenheit der Klagsumme ist ebensowenig geeignet, die Einrede der rechtskräftig ent-

schiedenen Sache auszuschließen. Denn abgesehen davon, daß Kläger auch in der frühern Klage behauptete, bei dem Kaufabschluß sei der Preis des Centners auf 77 fl. festgesetzt und nur beigefügt, daß derselbe von ihm erst beim Zuwägen der Wolle bei 18 Ctr. auf 66 fl. herabgesetzt worden sei, mithin diese Abweichung nur auf einem anticipirten Geständniß der Einrede eines spätern Preisnachlasses beruht, so geht aus dem frühern Urtheile und zwar aus dem dispositiven Theil desselben in Verbindung mit dem Purifikationserkenntniß unzweifelhaft hervor, daß die Abweisung des Klägers dem Beklagten Abraham Oppenheimer gegenüber ohne Rücksicht auf den Betrag des Kaufpreises aus dem Grunde erfolgte, weil dieser an dem Kaufe überhaupt nicht betheiligt sei. Mithin würde sich eine Klage, welche bezweckt, daß der Beklagte als Käufer angesehen werde, selbst wenn sie bei einem Theile der Waare einen höhern Kaufpreis angibt, mit dem frühern rechtskräftigen Urtheile in Widerspruch setzen.

Die weitere Verschiedenheit der frühern Klage von der jetzigen, welche darin beruht, daß Kläger von dem Beklagten in jener blos die Hälfte des Kaufpreises verlangte, in dieser aber den ganzen Kaufpreis begehrt, ist gleichfalls der fraglichen Einrede nicht entgegen. Denn wenn das frühere Urtheil den Kläger selbst mit seinem Begehren der Hälfte des Kaufpreises als des Antheils des Beklagten abwies, so schließt das Nichtsein des kleinern Rechtes das Nichtsein des größern mit logischer Nothwendigkeit in sich. Es würde mithin das zu erlassende Urtheil mit dem bereits rechtskräftigen Erkenntniß, welches die Klage auf die Hälfte dieses Kaufpreises abwies, in Widerspruch treten, sei es darum, daß es den Beklagten zur Zahlung des ganzen Kaufpreises oder blos der Hälfte desselben verurtheilen werde. Stabel S. 48.

Ebensowenig kann, vorausgesetzt, daß in beiden Rechtsstreiten ein und derselbe Kauf vorliegt, der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache der Umstand entgegenstehen, daß Kläger in dem frühern Rechtsstreit als Mitkäufer des Beklagten den Feist Oppenheimer, in dem jetzigen den Max Hecht bezeichnet, indem dadurch die Sache bezüglich des Abraham Oppenheimer keine andere wird, dieser vielmehr in dem einen, wie in dem andern Prozesse auf die Hälfte des Kaufschillings — abgesehen von der Frage der Sammtverbindlichkeit — aus einem und demselben bestimmt bezeichneten Geschäfte belangt ist.

Ist hiernach die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet, so schließt sie in der ihr gesetzlich beigelegten Wirkung die neue Klage aus."

Das großh. Oberhofgericht trat dieser Ansicht in seinem Urtheil vom 5. Juli d. J., welches auf die ergriffene Oberberufung erging, bei.

v. Hillern.

V.

Das Verfahren im ersten Rechtszuge und der für diesen maaßgebende Streitbetrag bestimmt die Art des Verfahrens im zweiten Rechtszuge.

Perino klagte gegen Bangert 296 fl. 6 kr. Ehesteuer ein und erwirkte bei dem Unterrichter ein obsiegendes Erkenntniß. Der Beklagte erachtete sich dadurch beschwert, daß er zur Zahlung von mehr als 184 fl. 12 kr. verurtheilt worden war. Er führte durch einen Anwalt die Appellation darüber, daß er auch zur Zahlung von weiteren 111 fl. 54 kr. verurtheilt worden, bei dem Unterrichter aus, und der Kläger, Appellat ließ sich auch bei diesem auf die Beschwerdeschrift vernehmen. Auf Vorlage der Appellationsverhandlungen an den Oberrichter sprach sich dieser, (der dritte Senat des unterrheinischen Hofgerichts) unter dem 21. Oktober v. J. — widersprechend der S. 283, No. 2 der Annalen vom vorigen Jahre mitgetheilten Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts — dahin aus:

„Da das Erkenntniß des Amtes, wogegen die vorliegende Appellation gerichtet ist, die Summe von 296 fl. 6 kr. betrifft, und demgemäß die Sache im ersten Rechtszuge im ordentlichen Verfahren verhandelt wurde, hier aber das Verfahren des ersten Rechtszugs nach §. 1187 der Pr.O. maaßgebend ist, wenn gleich die Berufung einen geringeren Streitbetrag erfaßt, ist die Sache hier zu verhandeln.

Dem Beklagten, Appellanten, wird demnach aufgegeben, die Appellationsbeschwerdeschrift durch einen der diesseitigen Obergerichtsadvokaten einreichen, resp. die schon vorhandene durch einen solchen unterzeichnen zu lassen."

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 28. | Mannheim, 7. Juli 1855.

I.

Ueber die rechtliche Bedeutung des Wortes „Ueberbürge."

J. S. des Bürgermeisters Beurer von Sipplingen und Joh. Anton Böhler von Neuhaus gegen Johann Martin von Ueberlingen und Kaspar Wiedenhorn von Sipplingen, Forderung betreffend, wurde von den Klägern vorgetragen:

Für ein dem Hauptlehrer und Postexpeditor Senes Mattes in Ludwigshafen von Joseph Hogg und Comp. gegebenes Darlehen von 4094 fl., zu 5 pCt. verzinslich und in 8 Jahreszielern abzutragen, machten sich am 1. Dezember 1846 die Kläger und die Beklagten durch Urkunde von diesem Tage als sammtverbindliche Bürgen und Selbstschuldner haftbar.

Wegen Mangels der Zahlung durch den Hauptschuldner wurden die Kläger von Joseph Hogg und Comp. auf Bezahlung des Darlehens belangt und durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 28. Juni v. J. unter sammtverbindlicher Haftbarkeit für schuldig erklärt, die Summe von 4094 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 1. Dezember 1846 an und 6 pCt. Zins aus den mit Martini 1847 und 1848 verfallenen Terminen von jeweils 511 fl. 47 kr., sowohl als auch aus dem Zinsrückstande, welcher sich höher als ein Jahr beläuft, zu bezahlen und alle, sowohl gegen den Hauptschuldner, als gegen die damals Beklagten erwachsenen Kosten zu tragen.

Zufolge dieser Verurtheilung haben die jetzigen Kläger die Darleiher theils durch Zahlung, theils durch unterpfändliche Versicherung gedeckt und verlangen nun, als durch diese Befriedigung in die Rechte der Gläubiger eingetreten, daß die Beklagten sammtverbindlich haftbar, zur Zahlung der in dem oberhofgerichtlichen Urtheile genannten Summe, welche von ihnen auf 5983 fl. 44 kr. nebst Zins vom 11. November 1853 an berechnet wird, verurtheilt werden.

Die Kläger haben den Beweis, daß in der Urkunde vom 1. Dezember 1846 die Beklagten als sammtverbindliche Bürgen und Selbstschuldner sich haftbar erklärt haben, durch die gedachte Urkunde angetreten; die betreffenden Stellen derselben, welche im Eingange den Empfang des Darleihens darthut und dessen Bedingungen auseinandersetzt, lauten:

„Herr .... Bürgermeister Beurer in Sipplingen, Ziegler Böhler in Neuhaus verbürgen uns für obiges 2c. Darlehen 2c. 2c. in der Eigenschaft als Selbstschuldner und unter solidarischer Haftbarkeit 2c. 2c.

Ort .. den 1. Dezember 1846.
Die Bürgen:
J. A. Böhler.
Beurer.

Beglaubigung der Aechtheit der Unterschriften.

Als Ueberbürgen unterzeichnen und treten Obigem bei:
Johann Martin.
Kaspar Wiedenhorn.

Die Aechtheit der Unterschriften der Ueberbürgen beurkundet: Sipplingen, den 1. Dezember 1846.
Das Bürgermeisteramt
Beurer.

In allen Instanzen wurden die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen.

In den Entscheidungsgründen des Hofgerichts des Seekreises ist gesagt:



Inhaltlich der Urkunde vom 1. Dezember 1846, ihre volle Beweiskraft den jetzigen Beklagten gegenüber vorausgesetzt, wurden nämlich in derselben drei Rechtsgeschäfte abgeschlossen, beziehungsweise beurkundet: der Darlehensvertrag zwischen Hogg und Comp. und Mattes, sodann übernahmen die in dem Texte der Urkunde Genannten: Spitalverwalter Helf, beziehungsweise statt seiner Senes Thun und die jetzigen Kläger die Bürgschaft für Mattes den Darleihern gegenüber, und endlich kam zwischen diesen und den jetzigen Beklagten noch ein weiteres Vertragsverhältniß zum Abschlusse.

Diese 3 verschiedenen, schon aus der Form der Urkunde erkennbaren Vorgänge müssen nothwendig von einander getrennt werden.

Als die Kläger die Bürgschaft übernahmen, ging ihre Absicht einerseits dahin, den Darleihern Sicherheit für ihre Forderung zu geben, anderseits bezüglich des Umfangs der Bürgschaftsverbindlichkeit, soweit aus dem Inhalt der allein hierüber maaßgebenden Urkunde sich erweisen läßt, dahin, daß sie nur zu je ⅓ die aus der Bürgschaftsübernahme für sie entstehende Gefahr, selbst Zahlung leisten zu müssen, übernehmen wollten. Nur 3 Bürgen sind in dem gedruckten Texte der Urkunde genannt und daraus läßt sich schließen, daß auch nur zwischen ihnen und den Darleihern über die Uebernahme der Bürgschaft ein Vertrag abgeschlossen wurde.

Umsonst berufen sich die Kläger auf ihren Eintritt in die Rechte des Gläubigers, da die Mitschuldner durch Zahlung in die Rechte des Gläubigers gegen diejenigen Mitschuldner, mit welchen sie sich verpflichtet haben, eintreten; auch aus L.R.S. 2033 können die Kläger ein Klagrecht nicht ableiten, da auch hier unter Mitbürgen nur diejenigen zu verstehen sind, mit welchen dem Gläubiger gegenüber gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen wurde.

Würde man daher auch den Ausdruck „Ueberbürgen" in der den Klägern günstigsten Bedeutung, d. h. als ob damit die Beklagten dem Darleiher gegenüber sich als gewöhnliche Bürgen hätten haftbar erklären wollen, auslegen, so wäre dennoch der klägerische Anspruch unbegründet.

Allein diese Bedeutung kann, wie auch der Unterrichter schon ausgeführt hat, der Bezeichnung „Ueberbürgen" nicht beigelegt werden. Dieselbe kommt in dem Landrechte nicht vor und muß daher ihre Auslegung in anderer Weise gefunden werden, wobei noch darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß ein Zweifel — und ein solcher besteht hier — ein Geding wider denjenigen ausgelegt wird, dem Etwas bedungen wird, und für den, der eine Verbindlichkeit übernehmen soll — L.R.S. 1162, also hier gegen den Darleiher, in dessen Rechte die Kläger unbedingt eingetreten sein wollen, und zu Gunsten der Beklagten.

Schon aus der Wahl dieses selten gebräuchlichen Ausdrucks läßt sich entnehmen, daß die Beklagten nicht eine gewöhnliche Bürgschaft unmittelbar für die Zahlungsfähigkeit des Darleihempfängers übernehmen wollten; wäre darauf ihre Absicht gerichtet gewesen, so hätte es nur einer einfachen Beitrittserklärung zu der ihren Unterschriften gerade vorgesetzten Bürgschaft der Kläger und des Senes Thun bedurft.

Außerdem kann noch eine Bürgschaft den Bürgen gegenüber für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernommen werden — dazu wäre jedoch erforderlich, daß mit den Bürgen ein Vertragsverhältniß eingegangen worden wäre, und daß dieses geschehen, haben die Kläger nirgends behauptet — oder eine Bürgschaft für die Zahlungsfähigkeit der Bürgen. Da die übrigen Arten der Bürgschaft wohl nicht in der Absicht der Beklagten lagen, so kann wohl nur die letztere Art als hier vorhanden unterstellt werden; mit dieser Bedeutung steht auch der Wortlaut „Ueberbürge" nicht in Widerspruch und es spricht hierfür auch der Umstand, daß erst nach der Bürgschaftsleistung durch die Kläger die Beklagten sich noch weiter verbürgten. Auch Hogg und Comp. scheinen das Verhältniß der Beklagten zu ihnen nur in dieser Weise aufgefaßt zu haben, da sie nur die jetzigen Kläger und Senes Thun früher belangten.

Da nun die Rechte des Gläubigers nur mit denselben Beschränkungen, welche auch für ihn bestanden, auf den in seine Rechte Eintretenden übergehen, und Joseph Hogg und Comp. die jetzigen Beklagten nur hätten belangen können, wenn sie von den Hauptbürgen nicht befriedigt werden, so können begreiflich diese Hauptbürgen selbst keinen Rückgriff auf die jetzigen Beklagten nehmen.

Daß die Beklagten auf anderm Wege als durch Unterzeichnung der Schuldurkunde eine Bürgschaft übernommen haben, wurde von den Klägern nicht behauptet und es kann daher, da durch jene ein vollständiger Gegenbeweis geführt wurde, auf den von den Klägern zugeschobenen Eid nicht mehr ankommen."

Das großh. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

Die Klage stützt sich mit Bezug auf die L.R.S. 2033 und 1251 No. 3 auf die Behauptung: es hätten sich die Beklagten durch den Beisatz unter der Schuld- und Bürgschaftsurkunde vom 1. Dezember 1846, dahin lautend:

„als Ueberbürgen unterzeichnen und treten den Obigen (das ist den als Bürgen unterzeichneten Klägern) bei" —

mit den Klägern gemeinschaftlich und gleichmäßig als Bürgen für die Hauptschuld verbindlich gemacht. Es ist derselbe jedoch nicht geeignet, die daraus gezogene Folgerung zu rechtfertigen.

Indem die Beklagten hierin den klagenden Bürgen in der Eigenschaft als „Ueberbürgen" beitraten, gaben sie deutlich zu erkennen, daß es jedenfalls in ihrer Absicht nicht lag, in das gleiche Rechtsverhältniß mit jenen einzutreten und gemeinschaftlich mit denselben die Bürgschaft für den Hauptschuldner zu übernehmen. Denn es wäre sonst nicht einzusehen, warum sie ihren Beitritt nicht einfach, oder mit Beibehaltung derselben Ausdrucksweise als „Bürgen" erklärt haben sollten, und man würde gegen die Regel des L.R.S. 1157 verstoßen, wenn man der von ihnen gewählten Bezeichnung „als Ueberbürgen" nicht eine davon wohl zu unterscheidende Bedeutung beilegen wollte.

Daß die Beklagten damit eine weiter gehende Verpflichtung, als die Kläger selbst, eine Rückbürgschaft, übernommen hätten, wurde nicht einmal behauptet, und würde sich auch im Hinblick auf L.R.S. 2015, vrgl. mit 1162 mit Recht nicht behaupten lassen. Ebenso würde es den Klägern nicht zu Statten kommen, wenn man in der Erklärung der Beklagten etwa eine, von den Klägern unabhängige, dem Gläubiger gegenüber übernommene (successive) Bürgschaft finden könnte, weil die Bestimmung des L.R.S. 2033 nur von dem Verhältniß derjenigen Bürgen handelt, welche sich in Gemeinschaft miteinander verbürgt haben (cofidejusseurs)

oberhofg. Jahrb. 1847—1848. S. 339 ff.

auch den L.R.S. 1251 No. 3 nach seinem ausdrücklichen Wortlaut („derjenige, der mit Andern rc. rc.") nur auf eben dieses Verhältniß sich bezieht.

Diese Auslegung des Gesetzes trifft übrigens keineswegs der Vorwurf der Unbilligkeit. — Wer für sich allein und ausschließlich eine Verpflichtung übernommen hat, der kann sich mit keinem Schein des Rechts darüber beschweren, wenn der Gläubiger, der sich zu größerer Sicherheit mehrere von einander ganz unabhängige Bürgschaften verschafft hatte, nach seinem Gefallen das Wahlrecht übt, den einen Bürgen angreift, den andern aber, indem er ihn als Nachbürgen behandelt, frei läßt.

Bei der nach allen Umständen wahrscheinlichsten Annahme endlich, daß die Beklagten nur als Bürgen für die Güte der von den Klägern geleisteten Bürgschaft intercedirt sind, kann von einem Rückgriff auf sie gleich wenig die Rede sein. Auch die Nachbürgen übernehmen keine Verpflichtung zu Gunsten der Vorbürgen; vielmehr werden sie selbst der dem Gläubiger gegenüber übernommenen, durch die von den Hauptbürgen geleistete Zahlung vollkommen entledigt, weßhalb die Bestimmungen der L.R.S. 2033 und 1251 auf sie keinerlei Anwendung finden; — insbesondere auch nicht in dem Falle der Insolvenz des einen oder andern Vorbürgen, indem einerseits der Gläubiger die Nachbürgen nur für den Verlust belangen kann, welchen er nach Ausklagung sämmtlicher Vorbürgen erleidet, anderseits aber dem Vorbürgen für das, was er wegen Insolvenz eines andern über seinen Antheil zu bezahlen genöthigt wird, aus den schon erwähnten Gründen ein Rückgriffsrecht auf den Nachbürgen nicht zusteht."

Haager.

II.

Ueber die Bestandtheile einer Gantmasse und die Ansprüche ihrer Gläubiger.

Apotheker A. starb im Oktober 1853 und über seinen Nachlaß wurde Gant erkannt. Seine Apotheke hatte er schon im Oktober 1851 aus der Hand verkauft und der Erlös war auf den Grund einer zwischen Verkäufer und Käufer festgestellten Vertragsbestimmung durch das Amtsrevisorat verwiesen worden, weil Forderungen mit Vorzugs- und Unterpfandsrechten auf der Apotheke hafteten.

So kam es, daß das Vermögen der Gantmasse nur aus nahezu werthlosen Ausständen und wenigen Fahrnissen bestand. —

Ein bei der Verweisung des Apothekenerlöses betheiligter Hypothekargläubiger hatte den Söhnen des Apothekers A. gegenüber, die mit ihrer mütterlichen Erbvermögensforderung bei der Verweisung berücksichtigt worden waren, gegen den Vollzug der letzteren Einsprache erhoben und in letzter Instanz auch ein obsiegendes Urtheil gegen die Söhne des Apothekers A. erlangt. In Folge dieses Urtheils wurde die frühere Verweisung des Apothekenerlöses abgeändert. Der erste Hypothekargläubiger kam mit weiteren 2000 fl. vor den Söhnen des Apothekers A. aus dem Apothekenerlöse zur Befriedigung, wogegen diese Söhne mit dem gleichen Betrage wieder aus den Betreffnissen gedeckt wurden, welche den ihnen nachgehenden richterlichen Unterpfandsgläubigern ihres Vaters nach der ersten Verweisung zugewiesen worden waren. Dadurch kamen diese aber jetzt großentheils mit ihren Forderungen zu Verlust.

Im Laufe des Gantverfahrens trat nun einer dieser Gläubiger als solcher in der Gant auf und verlangte, daß der noch bei dem Apothekenkäufer ausstehende Kaufschillingsrest zur Gantmasse gezogen werde.

Der Gläubigerausschuß und Massepfleger, sowie der Gantanwalt weigerten sich jedoch, den fraglichen Kaufschillingsrest als Masseausstand anzusehen und zu behandeln.

Der betreffende Gläubiger fand darin eine Justizverweigerung; seine deßfallsige Beschwerde wurde aber vom III. Civil-Senate des unterrheinischen Hofgerichts unter dem 30. Dezember v. J. als unbegründet verworfen, und zwar aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß es zwar dem Gantrichter obliegt, sich des Massevermögens fürsorglich zu versichern §. 789 der Pr.O. und vor Erlassung des Vertheilungsbescheides dafür zu sorgen, daß das Massevermögen zur Vertheilung bereit sei. §. 887 der Pr.O.;

In Erwägung aber, daß der Gantrichter nach §. 5 der Pr.O. überall wo ihm nicht ausnahmsweise das Gegentheil geboten ist, nur auf Antrag der Gläubiger zu verfahren hat;

In Erwägung, daß der Antrag auf allgemeine, im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger zu erlassende Maßregeln nur von den Vertretern dieser Gesammtheit ausgehen können, während einzelne Gläubiger nur in Collisionsfällen gegenüber anderen selbstthätig hervorzutreten berufen sind, daß namentlich in §. 804 Ziff. 3 der Pr.O. die Erhebung und Beibringung alles dessen, was zur Masse gehört, dem Massepfleger und Gläubigerausschuß überlassen ist;

In Erwägung, daß der Gläubiger N. in seiner Liquidation den Antrag an den Gantrichter gestellt hat, den Kaufpreis für die Apotheke des Gantmanns, soweit er noch nicht als getilgt anzusehen sei, zur Gantmasse zu ziehen, daß aber der über diesen Antrag vernommene Gläubigerausschuß und Massepfleger erklärt haben, daß sie den Kaufpreis für die Apotheke des Gantmanns nicht als zur Masse gehörig ansehen und behandeln können;

In Erwägung, daß der Gantrichter dadurch, daß er sich darauf beschränkte, diese von ihm vermittelte Erklärung zur Kenntniß des Anwalts des Gläubigers N. zu bringen, sich einer Justizverweigerung nicht schuldig gemacht hat, weil ihm kein zur gantrichterlichen Entscheidung geeigneter Streit über einen civilrechtlichen Anspruch vorlag, sondern nur ein von einem dazu nicht legitimirten Gläubiger ausgegangener Antrag auf Betreibung eines angeblichen Massebestandtheils, welchen Antrag die zur Vertretung der Gesammtheit der Gläubiger und zur Beitreibung der Masseausstände Berufenen zu dem ihrigen zu machen, verweigerten, daß übrigens der Gläubiger N. dadurch, daß der angebliche Kaufpreis ausstand, nicht als gemeinschaftliches Zugriffsobject in die Masse gezogen wird, nicht verhindert ist, seine etwaigen Ansprüche darauf dennoch geltend zu machen, wird 2c. 2c.

III.

Auch während des Absonderungsprozesses kann der in gutem Glauben handelnde Ehemann über das Gemeinschaftsvermögen gültig verfügen. L.R.S. 1445.

Die Musikus H. Wittwe hatte als Cessionarin der Pfarr-Wittwe M. eine Forderung gegen Pfarrer G. gerichtlich geltend gemacht, welche der Wittwe M. wieder von ihrem Bruder, dem Pfarrer K. übertragen worden war.

In diesem Rechtsstreit trat die Ehefrau des Pfarrers K., welche die gerichtliche Absonderung ihres Vermögens

von dem ihres Ehemannes erwirkt hatte, als Hauptintervenientin ein, und nahm die eingeklagte Forderung für sich in Anspruch, indem sie deren von ihrem Ehemanne während des Absonderungsprozesses vorgenommenen Cession als zur Gefährde ihrer Rechte geschehen, anfocht.

Der Unterrichter erkannte auf den von der Intervenientin der Klägerin eventuell zugeschobenen Haupteid in folgender Formel:

Es ist nicht wahr, daß ich zur Beeinträchtigung der Rechte der Ehefrau des Pfarrers K. und insbesondere um derselben bei dem etwaigen Vollzuge der Absonderung ihres Vermögens von dem ihres Ehemannes den Ausstandsposten bei Pfarrer R. als Deckungsmittel für ihre Beibringungsforderung zu entziehen, und in Folge deßfallsiger Verabredungen mit meinem Bruder, dem Pfarrer Z., beziehungsweise meiner Schwester, der Wittwe M. mir die eingeklagte Forderung von meinem Bruder übertragen ließ.

Derselbe ging dabei von der Ansicht aus, daß, wenn auch schon nach L.R.S. 1445 Abs. 2 ein auf Vermögensabsonderung erkennendes Urtheil in seinen Wirkungen bis zum Tage der Einreichung der Absonderungsbitte zurückgehe, doch während des Absonderungsprozesses dem Ehemann die Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens verbleibe (Zachariä 4. Ausgabe III. S. 228 No. 26); daß hiernach also auch Pfarrer K. über eine zum Gemeinschaftsvermögen gehörenden Forderung gültig hätte verfügen können, und deren Veräußerung insolange gültig bleibe, als diese nicht von seiner, sowie von Seite der Cessionarin zur Gefährde der dermaligen Intervenientin vorgenommen worden sei.

Die Intervenientin, welche zunächst die unbedingte Zuweisung der fraglichen Forderung begehrt hatte, führte die Berufung gegen das amtliche Urtheil aus, welches aber vom III. Civil-Senate des unterrheinischen Hofgerichts unter dem 27. April d. J. bestätigt ward. Die hierher gehörige Stelle der Entscheidungsgründe ist:

Nach der Vorschrift des L.R.S. 1445 geht ein Urtheil, welches auf Vermögensabsonderung erkannt, zwar in seinen Wirkungen bis zum Tag der eingereichten Absonderungsbitte zurück und im vorliegenden Falle wurde nach der nicht bestrittenen Behauptung der Appellantin die Absonderungsklage im September 1850 angestellt, während die dem Anspruche der Wittwe H. zu Grunde liegende Uebertragung im August 1851, im Laufe des Absonderungsverfahrens erfolgte; allein es kann nicht angenommen werden, daß die Uebertragung schon aus dem Grunde, weil sie während des Absonderungsverfahrens bewirkt wurde, ohne Weiteres und namentlich dem Dritten gegenüber schlechthin ungültig erscheint; es sind vielmehr die Umstände, unter welchen eine solche Uebertragung geschah, entscheidend. Die Uebertragung kann vermöge der dem Ehemann auch während des Absonderungsverfahrens nicht ganz entzogenen Befugniß, die erforderlichen Verwaltungsmaaßregeln zu treffen, auch in gutem Glauben stattgefunden haben.

Rogron Code civil ad Art. 1445 verglichen mit Troplong Contract de mariage ad Art. 1445 I. No. 1380. 81 und 89.

Die zur Begründung der Gefährde dienenden, dem angeführten Haupteid zu Grund gelegten Behauptungen erscheinen demgemäß für die Entscheidung des Rechtsstreits allerdings von wesentlicher Bedeutung und der Appellantin ist somit durch das auf diesen Eid erkennende Urtheil ihrerseits nicht beschwert. Zu einer Abänderung der Eidesformel ist ebenfalls kein hinreichender Grund gegeben.

IV.

Ein Schäferkarren oder eine Pferchhütte ist nicht als ein bewohnter Raum im Sinne der Nummer 2 des §. 381 des St.G.B. anzusehen.

(Annalen XVIII. 178.)

Johannes Müller von Adelsheim hatte eine auf dem Felde, bei dem Pferche stehende Schäferhütte gewaltsam erbrochen und ein Bettstück daraus entwendet. Es wurde deßhalb eine Untersuchung wegen gefährlichen Diebstahls gegen ihn eingeleitet. Die Anklagekammer des unterrheinischen Hofgerichts erkannte aber unter dem 13. Juni v. J. in Erwägung, daß eine Schäfer- oder Pferchhütte nicht als ein bewohnter Raum im Sinne des §. 381 Ziff. 2 des St.G.B. betrachtet werden könne, daß die Sache vom Hofgericht zu erledigen sei. —

Das Hofgericht erkannte den Angeschuldigten nur ei-

nes unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 No. 12 des St.G.B. verübten gemeinen Diebstahls durch Urtheil vom 22. August v. J. für schuldig, und begründete dieses Erkenntniß damit:

Daß durch Erbrechung einer Pferchhütte mit nachfolgender Entwendung der Thatbestand eines gefährlichen Diebstahls nicht begründet werden kann, geht schon aus der Fassung des §. 381 Abs. 2 des St.G.B. hervor, da mit den Worten des Gesetzes immer nur solche Räume bezeichnet werden, bei denen die fortgesetzte Bewohnung als die Regel, das Gegentheil als die Ausnahme zu betrachten ist.

Anders gestaltet sich das Verhältniß bei der Schäferhütte (worin deren Unterschied von der Pferchhütte bestehen soll, ist dem Einsender nicht klar), die wohl zum Schutze gegen das Unwetter und als Schlafstätte dient, gleichwohl aber nicht als bewohnter Raum im Sinne des Gesetzes gelten kann.

Hiernach aber kann auch nicht der Erschwerungsgrund des §. 385 No. 11 als der eintretende angesehen werden, da diese Gesetzesstelle als eine lediglich auf §. 381 Abs. 2 des St.G.B. beruhende insofern aufzufassen ist, als dadurch für diejenigen Fälle, wo nicht sämmtliche Merkmale des gewaltsamen Einbruchs zu treffen, eine Straffanktion geschaffen werden sollte. Wohl aber liegt der Erschwerungsgrund der No. 12 des §. 385 des St.G.B. vor.

V.

Der Satz 51 des Handelsrechts verweist nur Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten vor Schiedsrichter; die Betreibung einer unbestrittenen Forderung im bedingten Mandatsprozesse sowohl zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten als zwischen anderen Personen und in anderen Angelegenheiten kann dagegen nur vor den ordentlichen bürgerlichen Gerichten geschehen, daher einem auf diesem Wege von einem Handelsgesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten erlangten sog. Liquiderkenntnisse dieselbe volle Gültigkeit und Wirksamkeit zukommen muß, wie jedem anderen giltigerweise erlassenen Urtheile.

Die Handelsgesellschaft Fürderer und Comp. erwirkte bei dem Bezirksamte Neustadt gegen ihren Mitgesellschafter Joseph Wehrle im Wege des bedingten Mandatsprozesses ein sog. Liquiderkenntniß auf Bezahlung einer Summe von 5429 fl. 31 kr. aus „Geschäfts-Einlage-Ersatz" herrührend und sodann eine Vollstreckungsverfügung. Hiegegen erhob Joseph Wehrle eine Einsprache und stellte das Begehren, das Liquiderkenntniß und das Executionsdekret als nichtig aufzuheben und der Handelsgesellschaft zu überlassen, ihre etwaigen Ansprüche vor einem Schiedsgericht geltend zu machen.

Dieses Begehren wurde aber in allen drei Instanzen als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe des Hofgerichts des Seekreises.

Insoweit das Gesuch des Appellanten, daß der von der Appellatin im Wege des bedingten Mandatsprozesses gegen ihn erwirkte unbedingte Zahlungsbefehl, so wie die auf den Grund desselben erlassene Vollstreckungsverfügung als nichtig aufgehoben werden, unter Bezug auf die Bestimmung des H.S. 51 darauf gegründet wird, daß der unbedingte Befehl bei dem Bezirksamte Neustadt und nicht vor einem Schiedsgerichte erlassen worden sei, so ist dasselbe offenbar deßhalb unbegründet, weil durch die angerufene gesetzliche Bestimmung nur Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten vor Schiedsgerichte verwiesen sind, während der bedingte Mandatsprozeß, durch welchen vorerst festgestellt werden soll, ob eine Forderung bestritten werde oder nicht, und in welchem letzteren Falls nur die unbestrittene Forderung weiter betrieben werden soll, vor den ordentlichen bürgerlichen Gerichten statt findet.

In soweit aber obiges Gesuch durch die Behauptung begründet werden will, daß die Verträge, aus welchen die eingeklagte Forderung herrühren soll, nichtig und unwirksam seien, insoweit also jetzt die Richtigkeit der für liquid erklärten Forderung beanstandet werden will, so kann aus diesem Grunde eine Nichtigkeit des Liquiderkenntnisses selbst nicht gefolgert werden, vielmehr wäre es Sache des Appellanten gewesen, auf den Grund dieser Verhält-

nisse rechtzeitig gegen die Forderung der Appellaten Widerspruch einzulegen und eine gerichtliche Verhandlung und Entscheidung über die Forderung herbeizuführen.

Vom großh. Oberhofgericht wurden die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe adoptirt.

Haager.

VI.

Auswärts wohnenden Anwälten müssen auch Urtheilsausfertigungen zugestellt werden. §. 340 d. Pr.O.

(Annalen XXII. 205.)

J. S. Wohlfarth gegen Christ, Eigenthumsstreit betr., hatte der Unterrichter den auswärts wohnenden Anwalt nur davon benachrichtigt, daß das Urtheil erlassen sei und an dem ihm näher bezeichneten Tage werde verkündigt werden. Der betreffende Anwalt verlangte eine förmliche Ladung zur Verkündigungstagfahrt oder die Behändigung einer Urtheilsausfertigung, und führte, als diesem Verlangen nicht entsprochen ward, Beschwerde. Das Amt suchte seine Ansicht einmal damit zu rechtfertigen, daß der §. 344. der Pr.O. nur von der Partei selbst rede, und daß in §. 340 der Pr.O. das disjunctive Bindewort „oder" entweder nur alternativ oder nur electiv gebraucht sei; sodann aber damit, daß die Motive zu dem Gesetzesentwurf zur Abänderung der bürgerlichen Pr.O. vom Jahr 1849 zu Art. XXIV. und XV. ausdrücklich besagten:

> „Es ist den Gerichten des Schreibens zu viel zugemuthet, wenn sie nicht nur den Parteien, sondern auch den Anwälten eine Urtheilsausfertigung zustellen sollen, sofern diese in der Verkündigungstagfahrt ausbleiben. Es genügt an einer feierlichen Ausfertigung für jede Partei. Die Anwälte können sich dieselbe von der Partei mittheilen oder selbst Abschriften fertigen lassen."

Der III. Civil Senat des unterrheinischen Hofgerichts sprach sich mit Erlaß vom 11. November 1854 darüber also aus:

> Das Bemühen des Amtes zu unnöthigen Anwaltsgebühren keinen Anlaß zu geben, verdient zwar Anerkennung, doch ist der Antrag des auswärtigen Anwalts des Beklagten auf Zustellung einer Ausfertigung des Urtheils nach den §. 340—345 der Pr.O. gegründet.

(Vrgl. Jahrb. n. F. XII. No. 44, S. 244. 245 und 11. Protokollheft der II. Kammer v. J. 1839, S. 219. 221. 222.)

VII.

Ist der Zeugenbeweis über Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand den Betrag von 75 fl. übersteigt, zulässig, wenn solche im Auslande da abgeschlossen wurden, wo die Zulässigkeit des bemerkten Beweismittels keiner Beschränkung unterworfen ist?

J. Sachen Lipp gegen Knandel waren Zahlungen zu beweisen, die im Königreich Würtemberg vom Kläger als Bürgen für den Rechtsvorfahren der Beklagten geleistet worden sein sollten, und der Kläger berief sich deßhalb auch auf Zeugen. Der Unterrichter ließ den angetretenen Zeugenbeweis zu, weil bei der Frage über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Zeugenbeweises nicht die Gesetze zur Anwendung kämen, die am Orte Geltung hätten, wo ein Rechtsstreit anhängig sei, sondern jene des Orts, an welchem das einzelne in Frage stehende Rechtsgeschäft abgeschlossen worden; für welche Rechtsansicht sich derselbe noch auf Nummer 10 zu Artikel 1341 in Gilbert Code annoté von Sirey berief, wo übrigens auch auf eine gegentheilige Ansicht von Mittermaier im Band XIII. des Archivs für civilistische Praxis verwiesen ist.

Der dritte Senat des unterrheinischen Hofgerichts verneinte aber die obige Frage in seinem Urtheile vom 10. Dezember 1853, weil die Gesetze über die Zulässigkeit eines Beweismittels juris publici seien und deßhalb die Gesetze des Inlandes entschieden, unter Berufung auf L.R.S. 6 und Stabels Vorträge S. 81.

VIII.

Zur Lehre vom mündlichen Verfahren, insbesondere über die Anwendung des §. 608 der Pr.O.

Wenn in einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagfahrt der Beklagte um Verlegung der Tagfahrt ansteht, dieses Gesuch aber als ungegründet verworfen worden ist, und der Kläger dann den Antrag stellt, dem Beklagten, bei Vermeidung des speciellen Rechtsnachtheils des §. 323 der Pr.O., die Abgabe seiner Vernehmlassung aufzugeben, so darf der Beklagte nicht zur sofortigen Abgabe seiner Vernehmlassung aufgefordert, beziehungsweise er kann auf erneuerte Weigerung des Beklagten sich vernehmen zu lassen, und das vom klagenden Theil erfolgte Anrufen, kein Versäumungserkenntniß gegen Beklagten erlassen werden; sondern es muß vielmehr der Beklagte nach 608 der Pr.O. auf einen anderen Tag zur Abgabe seiner Vernehmlassung vorgeladen werden, wie nach §. 324 der Pr.O. im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten. Entscheidung des 3. Senates des unterrheinischen Hofgerichts vom 12. Mai d. J. J. S. Nuß gegen Heidelberger.

IX.

Lossprechungsformeln in dem heutigen Strafverfahren.

Annalen XXI. 60.

Magazin für bad. Rechtspflege 2c. I. 217.

Die Frage: ob im Falle der Unzulänglichkeit des Anschuldigungsbeweises der Recurrent freigesprochen oder aber erkannt werden soll, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei? — ist nach der jetzt herrschenden Praxis des obersten Gerichtshofs dahin zu beantworten: daß in dem unterstellten Falle eine Freisprechung einzutreten hat.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 29. Mannheim, 14. Juli 1855.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

1) Können Wechsel vindicirt werden?

Art. 74 der allgemeinen Wechselordnung.

2) Kann statt des Wechsels der Ersatz des Werths begehrt werden?

3) Was versteht man unter grober Nachlässigkeit bei Erwerbung eines Wechsels?

Aus der Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte. Frankfurt 1854, Bd. 1, S. 151—164.

Rechtsfall.

Franz Dessauer in Aschaffenburg sandte an K. in Offenbach einen auf diesen indossirten Wechsel, der während der Versendung verloren ging oder entwendet wurde. Der Finder oder der Dieb verkaufte diesen Wechsel an J. L. Aub in Frankfurt und indossirte ihn auf dessen Namen, indem er die Unterschrift des K. in Offenbach unter das Indossament setzte. Da Aub den Verkäufer nicht kannte, so hatte er, Vorsichts halber, den Wechsel bei dem Bezogenen J. vorzeigen lassen, um sich von der Aechtheit des Accepts zu überzeugen; ob aber der Verkäufer wirklich der Vertreter der Firma K. in Offenbach sei, darüber hatte sich Aub keine Gewißheit zu verschaffen gesucht. Er indossirte den Wechsel weiter; erst später erfuhr Dessauer diesen Vorgang, und ließ auf den Grund dieser Thatsachen eine Klage bei dem Stadtgericht in Frankfurt gegen Aub einreichen, worin er dessen Verurtheilung zur Herauszahlung des Wechselbetrags beantragte. Nach gepflogenen Verhandlungen erging unter dem 7. Januar 1853 folgendes Erkenntniß des Stadtgerichts (1. Senat:)

1) Der fremde Kläger hat für die Streitkosten genügende Sicherheit zu leisten.

2) Wenn es gleich scheinen könnte, daß die Bestimmung des §. 36 der allgemeinen deutschen Wechselordnung, wonach

„der Zahlende die Aechtheit der Indossamente zu prüfen nicht verpflichtet ist,"

im Interesse des Wechselverkehrs auch auf den Indossatar Anwendung finden müsse, so unterliegt doch die analogische Ausdehnung dieser von den Grundsätzen des gemeinen Civilrechts nicht nur, sondern auch von den Wechselgesetzen der meisten europäischen Staaten

Seufferts Archiv Band III. No. 92.

abweichenden Bestimmung auf denjenigen, welcher einen Wechsel in Folge freier Willensbestimmung mittelst Indossaments erworben hat, und sich bezüglich der Aechtheit dieses letzteren offenbar in einem ganz andern Verhältniß wie der Wechselschuldner, befindet, sehr erheblichen Bedenken; auch schließt

3) die weitere Vorschrift des §. 36,

„daß der Inhaber eines indossirten Wechsels schon durch die zusammenhängende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt ist,

nach Inhalt des §. 74 nicht aus, daß der Besitzer eines Wechsels, wenn er diesen im bösen Glauben erworben hat, oder wenn ihm bei dessen Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, zu dessen Herausgabe genöthigt werden kann.

Nun wird zwar Seitens des Klägers dem Beklagten nicht aufgebürdet, daß er sich bei Escontirung des fraglichen Wechsels einer Arglist schuldig gemacht habe, allein von dem Vorwurfe grober Fahrlässigkeit kann der Beklagte nicht freigesprochen werden. Nach der ausdrücklichen Erklärung der beiden bei Berathung und Entschei-

dung dieser Sache zugezogenen Herren Handlungsassessoren entspricht es dem hiesigen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechsel zum Escontiren angeboten wird, sich über die Legitimation seines Indossanten vergewissere, und die Unterlassung dieser Vorschrift wird als grobe Fahrlässigkeit betrachtet.

Daß der Beklagte irgend etwas gethan habe, um sich von der Berechtigung seines Indossanten Ueberzeugung zu verschaffen, hat er selbst nicht behauptet. Durch diese seine Fahrlässigkeit wurde der von dem Kläger behauptete Betrug zu dessen Nachtheil ermöglicht.

Zwar kann von der Reclamation des Wechsels selbst im Sinne des §. 74 der allgemeinen Wechselordnung nach Lage der Sache keine Rede mehr sein, allein abgesehen von der hier platzgreifenden Analogie muß der Beklagte, dessen grobes Versehen einmal vorausgesetzt, auch schon gemeinrechtlich zur Herausgabe dessen, was er durch Weiterbegeben oder Einkassiren suglos und zum Nachtheil des Klägers erhalten hat, schuldig erachtet werden.

Thöl's Handbuch des Handelsrechts Bd. II. S. 504—506.

Da indessen die Unechtheit des fraglichen Indossaments von dem Beklagten bestritten ist, so fällt allerdings dem Kläger der Beweis dieses seinen Klaggrund bildenden Umstands zur Last.

Demnach wird zu Recht erkannt:

1) Der fremde Kläger hat für die Streitkosten binnen 14 Tagen eine Sicherheit von 100 fl. zu leisten, bei Vermeidung mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung zum Kostenersatz, angebrachtermaaßen abgewiesen zu werden.

2) Für den Fall der Leistung dieser Caution hat Kläger, vorbehaltlich des Gegenbeweises, binnen gleicher 14tägiger Frist darzuthun,

„daß das Indossament, wodurch der in Frage stehende Wechsel auf den Beklagten übertragen worden ist, ein falsches gewesen,"

worauf weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 21. März 1853.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung

1) daß, wenn der Kläger den in der sententia a qua ihm auferlegten Beweis erbringt, damit feststeht, daß derjenige, von welchem der Beklagte sein Recht ableitet, unberechtigt gewesen ist, sonach der Beklagte durch denselben ein Recht auf die fragliche Urkunde nicht erwerben konnte, hiermit

2) auch die Spezialbestimmungen des Wechselrechts nicht im Widerspruch, vielmehr gerade in Einklang stehen, indem, wenn selbst die Vorschrift des Art. 36 der deutschen Wechselordnung — wie dies doch nicht der Fall — auf den Beklagten angewendet werden könnte, derselbe wegen der von ihm, dem in dem Verkehr des hiesigen Platzes angenommenen, durch das Gutachten der angezogenen Herren Handlungsassessoren bezeugten Verhalten entgegen, unverkennbar geübten groben Fahrlässigkeit, wodurch auch ohne vorausgegangenes Contractsverhältniß eine besondere Obligation begründet wird, zur Herausgabe des Wechsels angehalten werden dürfte;

3) diese Verpflichtung durch das Aufgeben des Besitzes, durch das Weitergeben des Wechsels nicht aufgehoben, hierdurch vielmehr nur die Folge herbeigeführt wird, daß an die Stelle des Objekts der Werth desselben tritt, andern Falls der Zweck des Art. 74 der deutschen Wechselordnung — die Folge des bösen Glaubens und grober Fahrlässigkeit — unerreichbar gemacht werden könnte, in endlicher Erwägung,

4) daß der Beklagte das thatsächliche Fundament der gegen ihn erhobenen Klage durchweg bestritten hat, zu diesem Fundament aber nicht blos die mit dem Indossamente vorgegangene Fälschung, sondern auch der weitere Umstand gehört, daß der Wechsel zur Zeit der Präsentation zur Acceptation in den Besitz von K. zu Offenbach noch nicht gelangt war, indem, wenn der Wechsel aus dem Besitze von K. entkommen sein sollte, das Interesse des Klägers und somit die Klagberechtigung desselben hinwegfällt —

wird die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 7. Januar 1853 eingebrachte Appellation des Beklagten im Uebrigen zwar verworfen, der in diesem Erkenntniß aufgestellte Beweissatz aber dahin bestimmt:

1) „daß das Indossament, wodurch der in Frage stehende Wechsel auf den Beklagten übertragen worden, ein falsches und der Wechsel zur Zeit seiner Präsentation zur Acceptation noch nicht in den Besitz von K. zu Offenbach gelangt gewesen sei."

2) Die Kosten der gegenwärtigen Appellation werden verglichen und sind die vordern Akten zurückzusenden.

Auf weitere Appellation des Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 25. Februar 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Das auf die beklagtische Appellation abzugebende Erkenntniß war von der Beantwortung folgender 3 Fragen abhängig zu machen:

1) Ist gegen Denjenigen, welcher sich bei der Erwerbung eines Wechsels grober Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, und gegen den der Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine Klage auf Herausgabe des Wechsels statuirt, auch eine Klage auf den Belauf des Wechsels begründet, falls er den letzteren, bevor die Unrechtmäßigkeit der ihm geschehenen Uebertragung zu seiner Kunde gekommen, weiter girirt haben sollte?

2) Eventualiter: Ist dem Beklagten grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des fraglichen Wechsels zur Last zu bringen?

3) Eventualiter: Ist dem Beklagten darin beizupflichten, wenn er sich durch die Formirung des Beweissatzes für beschwert erachtet?

Anlangend die Frage

ad 1. so haben sich die Parteien mehrmals auf die von dem Oberappellationsgericht im Jahr 1847 in der Hamburger Sache

John Voß gegen M. M. Warburg und Comp.

abgegebenen Entscheidung und auf die in derselben zur Anwendung gebrachten Principien bezogen. Auf jene Principien kommt es indessen nicht mehr an, nachdem im Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine neue gesetzliche Bestimmung in Betreff des in Rede stehenden Punktes getroffen worden ist.

Bis zur Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung waren gemeinrechtlich, wie alle übrigen beweglichen Gegenstände, so auch Wechsel vindicabel, gleichviel, ob sie von dem Besitzer im guten Glauben oder ohne denselben erworben worden waren. Nur die Beschränkungen, welche in dem zur Anwendung kommenden Particularrecht, entweder in Betreff der Vindicabilität im Allgemeinen („Hand muß Hand wahren") oder in Betreff gewisser einzelner Gegenstände (au porteur Documente u. dgl.) begründet waren, modificirten die Anwendbarkeit jenes allgemeinen Grundsatzes. Gleichwohl hatte schon zu jener Zeit die Ansicht, daß Wechsel aus der Hand eines bonae fidei possessor nicht vindicirt werden dürften, ihre Vertreter.

Dies war der Rechtszustand um die Zeit, als die Leipziger Wechselconferenz zusammentrat. Auch die vorstehend angedeutete Controverse kam zur Erörterung und zwar wurde speziell von dem obenangeführten Erkenntnisse Veranlassung genommen, auf selbige einzugehen.

Conferenzprotokoll (Leipzig 1848) S. 142 a. S. 143.

Anfänglich beschloß freilich die Wechselconferenz keine auf die Vindicabilität von Wechseln sich beziehende Bestimmung in das neue Gesetz aufzunehmen, vornemlich weil der Gegenstand in das Civilrecht gehöre, und weil bei der Verschiedenheit der rechtlichen Grundsätze über die Vindication in den einzelnen Staaten eine darin eingreifende Bestimmung in der Wechselordnung sehr mißlich sein würde, allein später ist von diesem Bedenken abgesehen worden.

In der 31. Conferenz

Conferenzprotokoll S. 228 und 229.

ist das Princip anerkannt und Aufnahme desselben in die Wechselordnung beschlossen worden, daß der rechtmäßige Eigenthümer eines entfremdeten Wechsels denselben von denjenigen Besitzern, aber auch nur von diesen solle zurückfordern dürfen, welche entweder an der Verfälschung des Indossaments Theil genommen, oder vor Einlösung des Wechsels davon gewußt haben, oder bei gehöriger Aufmerksamkeit die Unächtheit des Indossaments hätten entdecken können. Hiebei wurde die Frage, ob auch culpa lata hier in Betracht zu ziehen und dem dolus gleich zu behandeln sei, einer besondern Beschlußnahme unterzogen und dahin affirmativ beantwortet,

„daß die Vindication auch dann zulässig sein solle, wenn dem Besitzer nur culpa lata zur Last falle."

Die Formirung der in die Wechselordnung aufzunehmenden Bestimmung ist dann der Redactionscommission überlassen, deren Vorschlag im §. 75 des von ihr vorgelegten Entwurfes

Conferenzprotokoll S. 263

enthalten, und in der 34. Conferenz nach einer geringen Redactionsveränderung so angenommen worden ist, wie der §. 74 der Wechselordnung gegenwärtig lautet.

Conferenzprotokoll S. 240.

Bei der Unzweideutigkeit der Fassung dieses Artikels — dessen Entstehungsgeschichte überdies in den angezogenen Theilen der Conferenzprotokolle vollständig vorliegt —

besteht kein Zweifel darüber, unter welchen Umständen Jemand zur Herausgabe eines Wechsels genöthigt werden könne, nämlich wenn der Besitzer des Wechsels

„denselben in bösem Glauben erworben haben oder ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last zu bringen sein sollte."

Hierdurch ist indessen die in der vorliegenden Sache zu beantwortende fernere Frage, ob gegen Denjenigen, welcher einen unter den vorbemerkten Umständen erworbenen Wechsel weiter begeben oder sich auf andere Weise des Besitzes desselben entäußert haben sollte, eine Klage auf den Wechselbelauf statthaft sei, und mithin in die Stelle der Klage auf den Wechsel selbst trete, noch nicht entschieden.

Abzusehen ist hier von dem Falle, wenn der Besitzer eines Wechsels, um dessen Verfolgung aus seiner Hand unthunlich zu machen, sich absichtlich des Besitzes entäußert haben sollte. Unter solchen Umständen würde, wie auch im Uebrigen die in Betracht gezogene Frage zu beantworten sein möge, ein fingirter Besitz anzunehmen, und die Klage gegen den früheren Besitzer, als besäße er noch, zu gestatten sein. Allein ein gleiches Resultat wird auch dann eintreten müssen, wenn im ordentlichen Laufe des Geschäfts der Besitzer des Wechsels denselben ohne eine auf Vereitelung der Vindication gerichtete Absicht weiter girirt oder dem Bezogenen gegen Empfang der Wechselsumme ausgeliefert hätte. Und zwar ergibt sich dieß schon aus dem Wechselrecht, insbesondere aus der Stellung des Art. 74 in demselben und zu dem Wechselgeschäft, abgesehen aber hiervon aus civilrechtlichen Argumenten.

Anlangend die besondere Natur der wechselrechtlichen Vorschriften, so ist schon in den Verhandlungen der Wechselconferenz von einigen Mitgliedern derselben darauf hingedeutet worden, daß es sich bei der Vindication eines Wechsels, der Hauptsache nach, nicht um das Eigenthum an dem Papiere, sondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechsel verbundenen Rechte handle, und daß man in den hieher gehörigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsstreitigkeiten, sondern nur Conflicte über persönliche Rechte und deren Zuständigkeit zu erblicken habe.

Conferenzprotokoll S. 143.

Hält man dies fest, so kann in der Sanktionirung des Satzes, daß Jemand, der einen entfremdeten Wechsel unredlicher Weise oder auch nur culpa lata erworben habe, verbunden sein solle, den Wechsel dem auf selbigen Berechtigten auszuliefern, nicht sowohl eine auf die Wechselurkunde — das Papier — sich beziehende Vorschrift erblickt werden, sondern die eigentliche Bedeutung jener Bestimmung besteht darin, daß ein mala fide oder culpa lata Wechselerwerber dem widerrechtlich Verkürzten das mit dem Wechsel verbundene Recht abzutreten habe. Die Abtretung dieses Rechtes geschieht, so lange der betreffende Erwerber noch im Besitze des Wechsels sich befindet, durch Auslieferung der Wechselurkunde, des Papiers, denn durch sie wird der andere Theil vollständig in den Stand gesetzt, das ihm zuständige und zurückzuübertragende Recht auszuüben. Hat dagegen schon eine weitere Begebung oder sofortige Weggabe des Wechsels Statt gefunden, so ist freilich von jener einfachen Art der Erledigung des Verhältnisses abzusehen, allein dies kann keinen Grund abgeben, um die Verbindlichkeit des unrechtmäßigen Wechselerwerbers zur Abtretung des mit dem Wechsel verbundenen Rechts als erloschen zu betrachten. Als eine Selbstfolge ergibt es sich vielmehr, daß in die Stelle des Wechsels selbst die Valuta desselben trete.

Es kommt hinzu, daß die Vorschrift des Art. 74 in der bei weitem größern Mehrzahl der sich ereignenden Fälle illusorisch sich erweisen würde, wenn derselbe und eine andere als die vorstehend dargelegte Auffassung gegeben würde. Denn Wechsel sind ihrer Natur nach bestimmt, sich ihrer zu Geldvergütungen zu bedienen oder durch Einziehung des Wechselbelaufs in den Besitz von Geld sich zu setzen. Ferner ist es nur unter besonderen und selten vorkommenden Voraussetzungen möglich, den Besitzer eines in Giro befindlichen Wechsels aufzufinden, so daß wegen der Wandelbarkeit des Besitzes am Wechsel und außerdem wegen der Unauffindbarkeit des jeweiligen Besitzers der verkürzte Wechselberechtigte in der Regel erst nach Einlösung des Wechsels wird ermitteln können, wo die Reihe rechtmäßiger Uebertragungen unterbrochen worden, und wo er (unter der Voraussetzung eines dolus oder einer culpa lata des betreffenden Erwerbers Ansprüche zu erheben befugt sei. Es ist mithin nicht anzunehmen, daß die Gesetzgebung unter dem Worte Wechsel im Art. 74 nur die Wechselurkunde — das Papier — verstanden und nicht beabsichtigt habe, für den Fall der Weggabe, dasjenige, was den Werth des Wechsels ausmacht, den in ihm ausgedrückten Geldbelauf, in seine Stelle treten zu lassen.

Ein anderer hier in Betracht kommender Umstand ist, daß die Verpflichtung des culpa lata Erwerbenden zur

unentgeldlichen Auslieferung des Wechsels an den Verkürzten die Annahme einer unter den Wechselbetheiligten bestehenden Diligenzverbindlichkeit voraussetzt, denn eine culpa kann nur gedacht werden in Beziehung zu Jemanden, welcher rechtlichen Anspruch auf Förderung oder doch Schonung seiner Interessen hat. Da demzufolge die Verbindlichkeit zur Auslieferung des Wechsels unter den gegebenen Umständen in einer Verschuldung des betreffenden Erwerbers ihren Grund hat und mithin die Auslieferung des Wechsels nur als die Ausgleichung jener Verschuldung angesehen werden kann, so führt dieser Gesichtspunkt in nothwendiger Consequenz weiter dahin, daß, wenn der culpa lata Erwerbende sich des Mittels jener Ausgleichung entäußert haben sollte, er hierdurch seiner Verbindlichkeit gegen den Verkürzten nicht enthoben werde und mittels des Werths vergüten müsse, was er durch den Wechsel selbst zu leisten sich außer Stand gesetzt habe.

Aus den vorstehenden Argumenten ergibt sich, daß die ratio legis auf die im Obigen vertretene Ansicht hinführt, und da auch in der Wechselordnung nirgendwo ein Gegenargument gegen die Anwendung jener ratio in vorbemerkter Weise erfindlich ist, so darf unbedenklich die hier befolgte Ansicht als die vom Gesetzgeber gebilligte und gewollte angesehen werden.

Anlangend

ad II. die Frage, ob dem Beklagten mit Grund von den untern Instanzen grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des Wechsels beigemessen worden sei, so konnte dieselbe nicht anders als bejahend beantwortet werden.

Während nemlich der Beklagte nur den Inhaber (oder einen Mitinhaber) der Firma K. zu Offenbach als den rechtmäßigen Disponenten und Indossanten in Beziehung auf den in Rede stehenden Wechsel hätte ansehen dürfen, hat er den ihm völlig unbekannten factischen Detentor des Wechsels als den rechtmäßigen Inhaber desselben anerkannt, ohne irgend welche Umstände zur Hand zu haben, oder in Betracht zu ziehen, welche den Mangel der erforderlichen Bekanntschaft zu ersetzen geeignet gewesen wären. Auf seine Sicherheit nahm er dagegen allerdings Bedacht, denn er prüfte das Accept des Bezogenen, Z., und als er von dessen Aechtheit sich überzeugt hatte, nahm er den Wechsel dem ihm unbekannten Offerenten ab. Geringer als sie gewesen sind, hätten die Aufmerksamkeit und Diligenz des Beklagten nicht sein können.

Hiegegen kann der willkührlichen und aus den Verhandlungen der Wechselconferenz durch Nichts zu rechtfertigenden Aufstellung des beklagtischen Anwalts, daß die Fahrlässigkeit des Art. 74 nur verschuldet werden könne mittels Uebersehens von Rasuren, Ueberschreibungen oder anderen sichtlichen Spuren einer Fälschung, wohingegen die Identität der Person des Wechselinhabers mit Demjenigen, auf welchen das letzte Indossament lautet, unberücksichtigt bleiben könne, keine Bedeutung beigelegt werden. Ohne Zweifel kann unter Umständen selbst da, wo es sich um den Erwerb eines äußerst tadellosen und mit ächten Indossamenten versehenen Wechsels handelt, schon in der Persönlichkeit oder äußern Erscheinung desjenigen, der den Wechsel zur Veräußerung offerirte, ein genügender Grund zur Annahme einer culpa lata des Erwerbers liegen. Unrichtig ist es auch, wenn der Appellant aus den

Conferenzprotokollen S. 69 und 70

abzuleiten sucht, daß der Trassat resp. Appellant, nicht verpflichtet, ja nicht einmal befugt sei, von einem ihm unbekannten Wechselpräsentanten einen Ausweis über dessen Indentität mit dem letzten Indossatar zu verlangen. Wer als Bezogener einem nicht berechtigten Inhaber des Wechsels im bösen Glauben oder mit grober Fahrlässigkeit Zahlung leistete und von ihm auf solche Weise den Wechsel einlöste, der würde sich dem berechtigten Wechselbetheiligten nicht minder verantwortlich machen, wie dies bei dem Erwerb eines Wechsels durch Indossament stattfinden würde.

Daß die vom Appellanten für diese seine Ausführung angezogene Ablehnung des auf Seite 70 der Conferenzprotokolle erwähnten Antrages die von demselben beigelegte Bedeutung nicht habe, ist bereits hervorgehoben worden von Jolly in Siebenhaar Archiv II. S. 170.

Bluntschly d. W.O. S. 77.

Zu dem Obigen kommt hinzu, daß sowohl die zufolge der Vorschrift der

provis. Gerichtsordnung vom 30. Dezember 1819 Art. 98

zu der Verhandlung dieser Sache in den beiden untern Instanzen hinzugezogenen Handlungsassessoren, als auch die Handelskammer selbst, in deren in gegenwärtiger Instanz vom Appellaten beigebrachten Responsum vom 4. Juli 1853 sich übereinstimmend dahin erklärt haben, es entspreche dem Frankfurtischen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechsel zum Discontiren angeboten werde, sich über die Legitimation und resp. Identität des Veräuße-

rers durch die hiezu dienlichen Mittel, z. B. durch das Zeugniß bekannter Leute oder durch Ausweisung von Legitimationspapieren vergewissere.

Ohne Zweifel kommt es bei der Beurtheilung der Frage, ob und in welchem Maaße Jemanden Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 73 vorzuwerfen sei, auch auf die Art und Weise an, in welcher an dem betreffenden Handelsplatze der Geschäftsgang ordentlicher Weise geführt wird, und den vorliegenden glaubhaften Zeugen war mithin in dem zu entscheidenden auf Frankfurt bezüglichen Fall erhebliche Bedeutung beizulegen.

Was endlich

ad III. die beklagtische Beschwerde über die Formulirung des Beweissatzes betrifft, so geht sie dahin, daß dieselbe nicht den ganzen Klaggrund umfasse und insbesondere, daß nicht der Umstand der Versendung des Wechsels auf dem Postwege mit in das thema probandum aufgenommen worden sei. Allein dem Appellanten kann bei dieser Beschwerde nicht beigepflichtet werden.

Die „Versendung mit der Post" bildete einen für den Klaggrund völlig unwesentlichen Umstand. Auf welchem Wege der Wechsel dem Kläger, Dessauer, entzogen worden ist, ob aus dessen Behausung oder auf irgend welchem Transportwege von ihm nach K. ist gleichgültig. Nur darauf kam es an, daß K. nicht vor der Zeit, wo der Appellant den Wechsel erworben, in den Besitz desselben gelangt gewesen sei, indem, wenn dieß geschehen sein sollte, der Kläger aufgehört haben würde, Eigenthümer des Wechsels zu sein, mithin nicht mehr als zur Klage legitimirt angesehen werden könnte.

Da nun nach der von dem Appellationsgerichte verfügten Erweiterung des Beweissatzes sowohl die Unächtheit des angeblich von K. vollzogenen Indossaments, als auch die Fortdauer der klägerschen Berechtigung auf den Wechsel vom Kläger zu beweisen sein wird, so ist für den Beklagten kein Grund zur Beschwerdeführung in Betreff dieses Punktes vorhanden.

Freilich hätte die vom Appellationsgericht ausgegangene Beweisnormirung in einem Nebenpunkte genauer bestimmt sein können, als geschehen ist, indem der Zeitraum, auf welchen es ankam, nicht sowohl durch die in dem Beweissatze zweiter Instanz erwähnte „Präsentation zur Acceptsleistung," als vielmehr durch die Verdiscontirung des Wechsels auf des Beklagten Comptoir beendigt worden ist; allein da über diesen vermuthlich unwesentlichen Punkt — indem jene Präsentation nach der Angabe des Klägers an demselben Tage mit der Verdiscontirung vor sich gegangen sein soll, — vom Beklagten nicht quärulirt worden ist, so konnte das Oberappellationsgericht keine Veranlassung nehmen, hier auf Abänderung des Beweissatzes zu sprechen.

War demnach auf keine der beklagtischen Beschwerden einzugehen, so war, zumal bei der Conformität der Erkenntnisse der beiden untern Instanzen in der Hauptsache, der Beklagte auch von der Tragung und Erstattung der Kosten dieser Instanz nicht zu befreien.

Dr. Ladenburg.

II.

Zum Gesetz vom 21. Februar 1851, die Ernährung unehelicher nicht anerkannter Kinder betreffend, im Regierungsbl. von 1851, No. XV. S. 173.

In Sachen Fidel Kehl als Pfleger des unehelichen Kindes Anna Maria Kehl gegen Joseph Groß, Alimentation betreffend, wurde vom Unterrichter der Anna Maria Kehl der Notheid auferlegt, zu schwören:

> „Es ist wahr, daß der Beklagte der Vater meines unterm 16. September 1853 geborenen Kindes Joseph ist"

und von der Leistung oder Verweigerung dieses Eides die Bezahlung eines wochentlichen Ernährungsbeitrages von 20 kr. beziehungsweise die Abweisung der Klage abhängig gemacht.

Das Hofgericht des Seekreises bestätigte das Urtheil mit der Modifikation, daß die Eidesformel dahin festgesetzt werde:

> „Es ist wahr, daß der Beklagte mich im Januar 1853 beschlafen hat."

Entscheidungsgründe.

Durch die Aussagen der beiden im ersten Rechtszuge abgehörten Zeugen, insbesondere des Michael Kehl, ist ein verdächtiger Zuwandel des Beklagten zur Anna Maria Kehl zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß wenigstens wahrscheinlich gemacht. Die Auflage eines Notheides ist daher gerechtfertigt; und zwar konnte derselbe, wie es vom Unterrichter geschehen, ganz wohl der Mutter des Kindes aufgelegt werden, weil von ihr mit eben so gutem Grunde die Wahrheit zu erwarten ist, als vom Beklagten.

Was aber die weitere Beschwerde des Beklagten betrifft, daß die Anna Maria Kehl Vermögen besitze, daher der nach §. 2 des Gesez vom 21. Februar 1851 vorausgesetzte Fall der Unvermöglichkeit der Mutter hier nicht vorliege; so geht zwar aus dem vom Gemeinderathe erhobenen Vermögenszeugnisse, worauf sich der Beklagte beruft, hervor, daß dieselbe ein liegenschaftliches Vermögen im Werthe von 520 fl. und Fahrnisse im Werthe von etwa 30 fl. besitzt. Allein aus demselben Zeugnisse ergibt sich, daß auf jenem Theile ihres Vermögens 322 fl. Unterpfandsschulden ruhen; und ferner, daß sie sich und ihre Kinder durch Taglöhnen nur sehr kümmerlich ernähre.

Wenn nun der §. 2 des hier maaßgebenden Gesetzes sagt: „daß die Ernährung eines unehelichen Kindes im Falle der Unvermöglichkeit der Mutter Demjenigen obliege, welcher die Mutter rc. beschlafen hat," wenn ferner im §. 4 Abs. 2 jenes Gesetzes gesagt ist, „daß die Klage schon vor eingetretener Unvermöglichkeit der Mutter dahin erhoben werden könne rc.," so sind diese Gesetzesstellen nicht so zu verstehen, daß auf sofortiges Eintreten der Ernährungspflicht des Beischläfers nur und dann erst geklagt werden kann, wenn die uneheliche Mutter gar kein Vermögen besitze, sondern jene Gesetzesstellen wollen nichts anderes ausdrücken, als daß die Klage auf einen Ernährungsbeitrag begründet (actio nata) ist, sobald die Mutter zur hinreichenden Ernährung des unehelichen Kindes unvermögend ist, welcher Fall natürlich alsdann schon vorhanden ist, wenn sie zwar im Stande ist, einen Theil, aber nicht im Stande ist, den ganzen Aufwand zu bestreiten, den die Ernährung des Kindes erfordert.

Diese Auslegung des Gesetzes ergibt sich einmal aus einer Bestimmung im §. 3 Abs. 2 des Gesetzes selbst, wo vorgeschrieben ist, daß die Größe des Ernährungsbeitrags des Beischläfers unter Anderm auch „nach der Mutter Vermögensverhältnissen" ermessen werden soll. Diese Bestimmung beweist, daß die Klage nicht unbegründet ist, wenn die Mutter einiges Vermögen besitzt, sondern daß sich der Beitrag des Beischläfers in diesem Falle nur mindert.

Ferner ergibt sich diese Auslegung des Gesetzes aus den Motiven der Regierung bei Vorlage des Gesetzentwurfs, worin angeführt ist: „Der Unterhalt liegt allernächst der Mutter selbst ob, und nur, wenn sie nicht hinreichende Mittel besitzt, kann der Beischläfer zum Eintritt in die Verbindlichkeit angehalten werden." Hierin ist die Absicht eines Faktors der Gesetzgebung klar dahin ausgedrückt, daß auch, wenn zwar die Mutter Mittel zum Unterhalt des Kindes besitzt, diese aber dazu nicht hinreichen, also bei unzureichenden Mitteln der Mutter, für das Kind ein Ernährungsbeitrag vom Beischläfer verlangt werden kann.

Ebenso ist im Commissionsbericht der zweiten Kammer der Grundsatz anerkannt: „daß die Mutter zunächst verbindlich sei, ihr uneheliches Kind zu ernähren, und daß daher, wenn sie dazu hinreichendes Vermögen besitzt, kein Grund vorhanden sei, die Ernährungsklage gegen den Beischläfer zuzulassen." Auch hieraus geht hervor, daß bei unzureichenden Mitteln die Klage gegen den Beischläfer statt finden, und daß hiebei der Umstand, daß die Mutter zur Ernährung des Kindes wenigstens etwas beitragen kann, nur auf die Größe des Beitrags, den der Beischläfer zu leisten hat, Einfluß haben soll.

Zwar könnte man versucht sein, aus dem zweiten Absatz des Gesetzes herleiten zu wollen, daß das wenige Vermögen der Mutter vorerst völlig erschöpft und aufgezehrt worden sein müsse, ehe die Ernährungspflicht des Beischläfers beginne. Allein aus der Geschichte der Entstehung dieses Zusatzes ergibt sich, daß derselbe nur deßhalb gemacht wurde, um auf die Anwendbarkeit des P.O. §. 278 auch bei der Klage auf Ernährung eines unehelichen Kindes aufmerksam zu machen, obgleich anerkannt wurde, daß dieser Zusatz eigentlich überflüssig sei und er sich nach der angeführten Bestimmung der Prozeßordnung von selbst verstehe. Eine anderweite Folge darf daher diesem Zusatze nicht zugeschrieben werden.

Diese Auslegung muß um so mehr festgehalten werden, als es eine gleichmäßige natürliche Verbindlichkeit sowohl des Vaters als der Mutter eines unehelichen Kindes ist, dasselbe zu ernähren; mithin eine Abänderung dieses der allgemeinen Gerechtigkeit entsprechenden Grundsatzes durch die positive Gesetzgebung nur alsdann und in so weit angenommen werden darf, als dies ausdrücklich und mit klaren Worten ausgesprochen ist, nicht aber im vorliegenden Falle, wo die Gesetzesbestimmungen eine der natürlichen Billigkeit mehr entsprechende Auslegung ganz gut zulassen. Hiernach muß zwar anerkannt werden, daß das positive Gesetz sich in so weit von jenem natürlichen Rechtsgrundsatze entfernt, als es die Priorität der Ernährungspflicht der Mutter festsetzt;

dagegen was unsere Frage betrifft, die es ausdrücklich nicht zum Vortheile des Vaters mitentschieden hat, so kann man hiefür wieder die Anwendbarkeit jenes allgemein giltigen Satzes vindiciren, ohne mit dem positiven Gesetze in Widerspruch zu gerathen.

Im vorliegenden Falle ergibt sich aus dem geringen, mit Schulden belasteten Liegenschaftsvermögen, aus dem unbedeutenden Fahrnißvermögen, und aus den vom Gemeinderath bezeugten geringen Erwerbsverhältnissen der Mutter des Kindes, daß sie selbst dessen Ernährung nicht ganz bestreiten kann. Ein Beitrag von wöchentlich 20 kr. erscheint daher gegenüber den guten Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Beklagten angemessen.

Was endlich die Beschwerde wegen der vom Unterrichter gewählten Eidesformel betrifft; so ist es richtig, daß dieselbe weder der thatsächlichen Begründung, noch der Beweisauflage, noch auch dem Grundsatze entspricht, daß nur über entscheidende Thatsachen, nicht aber über Urtheile und Meinungen ein Eid auferlegt werden dürfe. Auch wäre das Verbot der Einrede einer Mehrheit von Beischläfern umgangen, wenn man der Mutter des Kindes zumuthen wollte, zu wissen und zu beschwören, welcher Beischlaf dem Kinde das Dasein gegeben. Hiernach rechtfertigt sich die Modifikation der Eidesformel. Haager.

III.

Die Wahrscheinlichkeits-Grade der §§. 212. 213 des St.G.B. — Fragstellung.

Die Reihenfolge, in welcher das Strafgesetzbuch die drei Grade der Voraussichtlichkeit der Tödtung aufführt, hat zur Folge, daß auch die Fragen an die Geschworenen in dieser Reihe gestellt zu werden pflegen, nämlich:

1) ob der höchste Grad der Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, oder
2) der niederste, oder
3) weder der höchste noch der niederste?

Aus dieser Reihenfolge der Fragen kann aber eine Unrichtigkeit entstehen, welche von großer Bedeutung ist.

Ergibt sich nämlich für die Bejahung der ersten Frage keine Mehrheit von acht Stimmen und gelangen somit die Geschwornen zur zweiten Frage, so würde, wenn solche gleichfalls mit sieben Stimmen verneint wäre, die dritte Frage mit nur fünf Stimmen als bejaht erscheinen, es würden folglich sieben Stimmen, die das Gelindere (die niederste Wahrscheinlichkeit) wollen, von nur fünf Stimmen die für das Schwere (die mittlere Wahrscheinlichkeit) sind, aufgehoben werden, während dies nach dem Gesetze und nach der Natur der Sache gerade umgekehrt sein sollte.

Um dies zu vermeiden, ist die Frage 2 wie in den oberhofg. Jahrbüchern, neue Folge, Jahrgang XIII. S. 425 bemerkt wurde, als Entlastungsfrage zu bezeichnen, oder es sind vielmehr die drei Fragen in der Reihenfolge zu stellen, welche ihrer Abstufung entspricht, nämlich:

1) ist die höchste Wahrscheinlichkeit anzunehmen oder
2) die mittlere oder
3) die niederste?

Dann ist die zweite im Verhältniß zur ersten und die dritte im Verhältniß zur zweiten mit fünf Stimmen bejaht, wenn sich nicht acht Stimmen für die erste und beziehungsweise für die zweite Frage ergeben.

Die Reihenfolge des Gesetzbuches wurde wohl nur wegen Erleichterung der Darstellung vorgezogen, und konnte dies um so unbedenklicher geschehen, als dort in der Sache selbst auf die Reihenfolge nichts ankommt, während dagegen bei der Fragestellung für die Geschwornen möglicherweise die Differenz zwischen einer geringen Arbeitshaus- oder Gefängnißstrafe und einer zehnjährigen Zuchthausstrafe davon abhängt, daß die Fragen in der logischen Reihe auf einander folgen, daß nämlich für die Bejahung der geringsten Wahrscheinlichkeit acht Stimmen, oder aber nur fünf Stimmen erfordert werden. —

Fragen über alle drei Grade der Wahrscheinlichkeit sind aber jedenfalls nöthig, und in dieser Beziehung ist die in dem erwähnten Aufsatze ausgesprochene Ansicht nicht richtig, daß aus der Verneinung der beiden Extremen (No 1 und 2) die Bejahung des mittleren Falls (No. 3) sich von selbst ergebe. Denn alle drei Fälle setzen die Möglichkeit der Voraussicht voraus, und bewegen sich also innerhalb dieser Voraussetzung, welche nach §. 101 des St.G.B. den Begriff der Fahrlässigkeit bedingt. Es gibt daher noch einen weiteren (vierten) Fall, welcher durch die Verneinung der beiden Extreme keineswegs von selbst beantwortet ist, nemlich ob die Verletzung überhaupt vorherzusehen und zu vermeiden war, und deßwegen bedarf auch der Fall No. 3 einer besonderen Beantwortung.

(Bruchsal, den 17. August 1855.

A. Gutman.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 30. Mannheim, 21. Juli 1855.

I.

Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung.

Wie sind die Fristen des L.R.S. 285 zu berechnen?

Jahrbücher, n. F. VI. 96.
Annalen XXII. 188.

Wenn Eheleute entschlossen sind, ihre Ehe freiwillig aufzulösen, so müssen sie dieß in eigener Person vor Gericht erklären.

Die gleiche Erklärung — so verordnet der L.R.S. 285 — soll in den ersten 14. Tagen des nächst folgenden vierten, siebenten und zehnten Monats unter Beobachtung der vorigen Förmlichkeiten erneuert werden.

Nun haben die Reble'schen Eheleute ihren Entschluß, sich scheiden lassen zu wollen, am 4. November 1853 erstmals vor Gericht erklärt und diese Erklärung am 8. März, 10. Juni und 7. September 1854 wiederholt, während die durch Satz 285 vorgeschriebenen Gesuche, nach der hofgerichtlichen Ansicht, zwischen dem 14. u. 18. der Monate Februar, Mai und August hätten angebracht werden müssen.

Gegen das abweisliche Urtheil des großh. Hofgerichts appellirten beide Theile und führten im Wesentlichen aus: Das großh. Hofgericht verstehe die Bestimmungen des L.R.S. 285 so, daß hierunter die ersten 14 Tage nach Ablauf von 3 Mal, beziehungsweise 6 Mal und 9 Mal 30 Tagen gemeint seien, während das Gesetz unter dem nächstfolgenden Monat den nächsten Kalendermonat verstanden wissen wolle, so daß also, da sie erstmals am 4. Novbr. 1853 erschienen, der nächstfolgende Monat der Dezember 1853 gewesen sei, in dessen ersten 14 Tagen sie wieder zu erscheinen gehabt hätten.

Da das Gesetz nicht für Rechtsgelehrte allein, sondern als Richtschnur für Alle gegeben sei, so müsse auch angenommen werden, daß der Gesetzgeber die von ihm gebrauchten Ausdrücke in dem Sinne genommen habe, in welchem sie nicht etwa von Rechtsgelehrten allein, sondern im gewöhnlichen Leben, nach allgemein geltenden Sprachbegriffen, gebraucht werden.

Wenn daher das Gesetz von dem auf den Tag des ersten Erscheinens folgenden nächsten, beziehungsweis vierten Monat spreche, so werde im vorliegenden Falle jeder, der die deutsche Sprache kenne und mit den Worten nicht solche Begriffe verbinde, die ausschließlich nur in der Rechtssprache und selbst da nicht immer damit verbunden würden, darunter den Monat Dezember, beziehungsweis März verstehen.

Daß die Worte „nächster Monat" in diesem allgemein sprachlich richtigen Sinne gebraucht seien, müsse um so mehr angenommen werden, als es bei der Scheidung auf wechselseitige Einwilligung so sehr auf genaue Einhaltung der Fristen ankomme und durch eine zweideutige Ausdrucksweise des Gesetzgebers die größte Rechtsunsicherheit entstehen würde, indem man nie sicher wäre, die Fristen richtig beobachtet zu haben.

Unterstelle man z. B. den Fall, daß beide Ehegatten am 31. Januar erstmals erschienen, so müßte, der hofgerichtlichen Auslegung zufolge, der Monat März gegen allen Sprachgebrauch für den auf den 1. Januar folgenden nächsten Monat gehalten werden.

Ueberhaupt sei zu bemerken, daß die Controverse über den Sinn des L.R.S. 285 und die Zweifelhaftigkeit, welcher Ansicht jeweils der erkennende Gerichtshof folgen werde, für die Parteien die Nothwendigkeit herbeiführen würde, statt 5 Mal im Ganzen 8 Mal zu erscheinen, nämlich die zweite, dritte und vierte Erklärung je zweimal abzugeben, oder ihr erstes Erscheinen so ein-

zurichten, daß nach der einen und andern Ansicht das Resultat dasselbe bliebe, was dann der Fall sei, wenn die Ehegatten in den ersten Tagen eines Monats erstmals erschienen.

Für den vorliegenden Fall dürfte es übrigens nicht ohne Gewicht sein, daß sie alle vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten auf das Pünktlichste beobachtet und dadurch, wie das Gesetz verlange, die Ernstlichkeit ihrer Absicht, die Scheidung zu erwirken, beurkundet hätten; es könne daher, selbst wenn der höchste Gerichtshof die hofgerichtliche Ansicht über die Zeitberechnung adoptiren sollte, aus dem Umstande, daß die Parteien von einer andern Berechnung ausgingen, nicht auf einen Mangel an der Ernstlichkeit ihres Willens geschlossen werden. —

Hierauf erfolgte unterm 23. April 1855 ein abänderndes Urtheil dahin: daß die zwischen den Bierbrauer August Neble'schen Eheleuten bisher bestandene Ehe für aufgelöst zu erklären sei.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Durch die Vorschrift des L.R.S. 285 soll die Ernstlichkeit und Beharrlichkeit des Willens der Eheleute, sich zu trennen, geprüft und solche aus der pünktlichen Befolgung der Förmlichkeiten erkannt werden, weßhalb auch die geringste Vernachlässigung derselben die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hat.

Der L.R.S. 285 ist jedoch in so fern zweideutig gefaßt, als die Worte: „in den ersten 14 Tagen des nächstfolgenden vierten Monats" verschiedenen Ansichten über die Berechnung der Fristen Raum geben und bald die eine bald die andere Berechnungsart zur Anwendung kommt.

In vorliegendem Falle haben die Eheleute die Fristen nach der Berechnung, welche ihnen die richtige schien, zwar pünktlich eingehalten; aber der in erster Instanz urtheilende Gerichtshof hat einer andern Berechnung den Vorzug gegeben und deßhalb das Verfahren als ungültig verworfen.

Die Eheleute beschweren sich hiegegen und bei der nach L.R.S. 290 vorzunehmenden Prüfung: ob die Parteien nach der Meinung des Gerichts den Bedingungen Genüge geleistet und die Förmlichkeiten beobachtet haben, die in dem Gesetz bestimmt sind, kommt es zunächst darauf an, ob bei der Zweideutigkeit des Satzes 285 der Zweck desselben nicht selbst dann als erreicht anzusehen sei, wenn das Gericht eine andere Berechnung als die der Eheleute für die richtige hält. (L.R.S. 6 b.)

Nach dem **Grund** des Gesetzes ist die eine Berechnungsart so gut wie die andere; denn es ist ganz unwesentlich und willkürlich, ob die Fristen so oder anders bestimmt werden. Wesentlich ist nur, daß eine derartige Anordnung überhaupt besteht, um aus ihrer genauen Befolgung die Festigkeit der Absicht, sich zu trennen, ersehen zu können. Der Zweck des Gesetzes kann also bei der einen wie bei der andern Berechnungsweise erreicht werden; denn nach dem Geiste des Gesetzes soll es nur darauf ankommen, ob den Eheleuten eine Vernachlässigung zur Last fällt oder nicht. Wenn nun aber die Eheleute die zweideutige Bestimmung des Satzes 285 in einer Weise aufgefaßt und angewendet haben, die bald für richtig bald für unrichtig erklärt wird, so ist so viel gewiß, daß ihnen deßhalb nicht eine Nachlässigkeit zum Vorwurf gemacht werden kann, wie dieses bei einer **unzweifelhaften** Bestimmung des Gesetzes der Fall wäre; daß vielmehr die Ernstlichkeit ihres Willens auch bei dieser Fristenberechnung als dargethan angesehen werden muß. Es kann unmöglich die Absicht des Gesetzes gewesen sein, die Eheleute durch zweideutige Bestimmungen irre zu führen.

Wenn gleich die vielen und kleinen Förmlichkeiten eine Probe sein sollen, und wenn gleich eine irrige Auslegung des Gesetzes im Allgemeinen als ein Verschulden anzusehen ist, wo es auf Rechte und Verbindlichkeiten verschiedener Interessenten ankommt (L.R.S. 1 b), so kann es doch bei diesem nicht streitigen Verfahren nicht im Geiste des Gesetzes liegen, dessen Gültigkeit davon abhängig zu machen, ob eine wirklich zweifelhafte Bestimmung über die Fristenberechnung von den Eheleuten oder von dem das Verfahren leitenden Beamten gerade so aufgefaßt wird, wie der urtheilende Gerichtshof sie bei der Prüfung des Verfahrens für die richtige hält; denn bei dem möglichen Wechsel der Ansichten könnte auf diese Weise eine freiwillige Scheidung unmöglich gemacht werden, ohne daß die Eheleute das geringste Verschulden trifft, und dieses würde der Weisheit und Würde des Gesetzes geradezu widersprechen.

Hiernach kann es nur darauf ankommen, ob die Eheleute diejenigen Fristen genau eingehalten haben, welche nach der einen der über die Berechnung der Fristen bestehenden Ansichten einzuhalten sind, und da dieses zweifellos der Fall ist, so muß nach dem Geiste des L.R.S. 290 die Scheidung ausgesprochen werden.

D. R.

II.

a) Müssen bei entgeltenden Schenkungen, wenn dem Schenknehmer für die geleisteten Dienste kein Klagrecht gegen den Schenkgeber zusteht, die für Schenkungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden? *)

b) Müssen bei verschleierten Schenkungen die wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts, in welches die Schenkung eingekleidet werden will, bei Strafe der Nichtigkeit (wenigstens zum Schein) vorhanden sein?

Diese Fragen hat das großh. Oberhofgericht bei einem der nachfolgenden Urtheile verneint, bei dem anderen bejaht.

1.

Reusemann übergab den Titel, den er über eine, ihm gegen Weber zustehende Darlehensforderung besaß, der M. Rapp, nachdem er vorher die Uebertragung dieser Forderung an dieselbe auf den Titel beurkundet hatte, wobei er sich im Wesentlichen der Worte bediente „cedire ich hiermit gegen Empfang des Werths, den ich hierfür quittire."

Nach seinem Tod begehrte dessen Erbe in einer gegen M. Rapp erhobenen Klage, daß jene Abtretung der Forderung für eine verdeckte nichtige Schenkung zu erklären und die Beklagte schuldig sei, den Titel ihm auszantworten und beziehungsweise sein Recht an der (zur Zeit der Klage noch nicht rückbezahlten) Forderung anzuerkennen; indem er geltend machte, daß Mangels einer Gegenleistung Seitens der Beklagten keine Cession, sondern eine verdeckte Schenkung vorliege, diese aber Mangels der Erfordernisse der L.R.S. 931 und 932 nichtig sei.

Die Beklagte erklärte auf die Klage, daß jene Cession die Folge einer Erkenntlichkeit des Cedenten für die Dienste gewesen sei, welche sie ihm lange Jahre hindurch geleistet und für welche sie nur einen geringen Lohn kraft Vertrags erhalten habe; sie gab dabei zu, daß eine andere Gegenleistung außer jenen — schon vertragsmäßig bezahlten — Diensten ihrerseits nicht vorliege.

Das großh. Oberhofgericht hat am 20. Juni 1854 die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß die im Streit begriffene Schuldforderung des Jakob Reusemann an die Christoph Weber'schen Eheleute im Oktober 1847 an die Beklagte cedirt worden ist.

Der Kläger ficht nun diese Cession als ungiltig an, weil sie eine verdeckte Schenkung enthalte und der zu einer Schenkung erforderlichen Formen einer öffentlichen Urkunde und der ausdrücklichen Annahme entbehre. Diese Klage erscheint jedoch nicht begründet.

Es ist zwar richtig, daß eine Urkunde über eine Schenkung unter Lebenden bei Strafe der Nichtigkeit in öffentlicher Form errichtet und überdem die Schenkung ausdrücklich vom Geschenknehmer angenommen werden muß. L.R.S. 931 und 932. Der Sinn dieser Gesetzesstellen ist jedoch keineswegs der, daß jede Schenkung unter Lebenden nothwendig an diese Förmlichkeiten gebunden sei, vielmehr kann nach richtiger Auslegung derselben in Vergleichung mit L.R.S. 911 eine Schenkung unter Lebenden auch giltig in einen andern Vertrag eingekleidet werden, wenn nur der Act die äußere Form desjenigen Vertrags hat, in welchen die Schenkung eingekleidet ist und weder Betrug zu Grunde liegt, noch dadurch eine unfähige Person begünstigt werden soll.

Im vorliegenden Fall ist die Schenkung, zu welcher den Erblasser nach der Behauptung der Beklagten ihre vieljährigen Dienstleistungen bewogen haben, in Form einer Cession (eines Kaufs) geschehen, und für diese ist, wie schon in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen richtig bemerkt wurde, der Cessionsact eine giltige und beweisende Urkunde, und es ist auch von klägerischer Seite weder ein Betrug noch ein Grund der Unfähigkeit der Beklagten behauptet.

2.

Nicolaus Krafft hatte folgende Urkunde ausgestellt:

„Ich vermiethe meiner Schwester A. Maria
„auf ihre Lebenszeit — — das von meinem —
„— Vater ererbte Wohnhaus — — ca. ½
„Jauchert von dem erwerbten Feld im s. g. Viertel
„ein Krautgarten — — die Bedingungen sind:

1) Die Miethe beginnt von heute an und währt auf Lebenszeit der Miethérin;
2) Miethzins wird keiner angenommen, indem ich dieses meiner Schwester als Dank für die guten Abwartungen, welche sie an unserem Vater

*) Zu vergleichen sind Annalen XXI. 342.

D. R.

„besonders in letzter Zeit auf dem Todbett mit „unverändertem Eifer gethan hat.

„Doppelt ausgefertigt" rc.

Die auf Vollzug dieses Akts gegen den Rechtsnachfolger des Nicolaus Krafft erhobene Klage wurde vom grosh. Oberhofgericht am 4. Juli 1855 aus folgenden Gründen abgewiesen:

Das in dem Vertrag vom 14. Juli 1853 zwischen Nicolaus Krafft und der Klägerin festgesetzte Rechtsverhältniß ist keine Miethe, sondern dasselbe hat, weil der Klägerin die Wohnung nebst der Benützung einiger Grundstücke nicht nur auf ihre Lebenszeit eingeräumt, sondern zugleich auch deren unentgeldliche Ueberlassung zugesagt wurde, die Natur der persönlichen Dienstgerechtigkeit des L R S. 625 ff.

Da dieses Recht der Wohnung und Nutzung durch einen Act der Liberalität verliehen worden ist, so waren die für Schenkungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten, obschon nach dem im §. 2 der Vertragsbedingungen angeführten Beweggrund die Schenkung sich als eine entgeltende darstellt. Denn es liegt nicht der Fall vor, wo dem Schenknehmer für die geleisteten Dienste ein Klagrecht gegen den Schenkgeber zustände.

Zachariä Band IV. §. 703.

Eine der Voraussetzungen, unter welchen die Schenkung; auch ohne die in diesem Falle unterbliebene ausdrückliche Annahme und trotz des Mangels eines Notariatsacts rechtsbeständig sein würde, ist hier nicht vorhanden.

Insbesondere enthält der Vertrag vom 14. Juli 1853 nicht die Merkmale eines Scheingeschäfts, er kann namentlich nicht als ein zur Verschleierung der Schenkung abgeschlossener Miethvertrag aufrecht erhalten werden, weil, ungeachtet der in demselben vorkommenden Ausdrücke „Miethe" und „vermiethen" ein solcher Vertrag ohne Festsetzung eines Miethzinses eben so wenig rechtlich denkbar ist, als es ein Kaufvertrag sein würde, ohne daß die Zahlung eines Kaufpreises bedungen worden wäre.

Zachariä Bd. I. No. 37 zu Note 3.

Die Behauptungen der Klägerin, daß sie seit bereits einem halben Jahre von der Wohnung Gebrauch gemacht, und daß der Beklagte bei Uebernahme des Hauses von Nicolaus Krafft die Fortsetzung des von demselben eingegangenen Verhältnisses zugesagt habe, sind unerheblich weil die ihrer Form nach nichtige Schenkung weder durch Bestätigung noch durch den begonnenen Vollzug zur Gültigkeit gelangen konnte."

Fr.

III.

Wenn zum Zwecke der Theilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen Ehegatten eine zum Gemeinschaftsvermögen gehörige, ihrer Natur nach untheilbare Liegenschaft versteigert wird, und dem überlebenden Ehegatten das Nutznießungsrecht daran zusteht, so muß das volle Eigenthum dieser Liegenschaft versteigert werden, und kann der überlebende Ehegatte sein Nutznießungsrecht nur an dem entsprechenden Theile des Steigschillings ausüben.

Unter so bewandten Umständen kann auch jeder Interressent verlangen, daß die Theilung auf diese Weise vorgenommen wird.

Von dem bedeutenden Vermögen, welches sich bei dem Tode des Apothekers Wolff in Kehl vorfand, gebührte die eine Hälfte kraft Ehevertrags der überlebenden Wittwe. Die andere Hälfte fiel an entfernte Verwandte des verstorbenen Ehemanns, jedoch hatte dieser durch Testament die lebenslängliche Nutznießung seines ganzen Nachlasses seiner Ehefrau vermacht. Zu dem Vermögen gehörte eine Apotheke mit Realprivilegium, welche mithin hälftig der Wittwe Wolff und hälftig den Erben des verstorbenen Ehemannes gehörte, so daß jedoch der Wittwe das Nutznießungsrecht an dem Antheile der ehemännlichen Erben zustand.

Die Wittwe Wolff trat nun mit einer Klage gegen diese Erben auf, worin sie abgesehen von andern Ansprüchen die Theilung dieses seiner Natur nach untheilbaren Vermögensstücks in der Art verlangte, daß die Apotheke versteigert, und ihr dabei vorbehalten werde, an der Apotheke selbst lebenslänglich das Nutznießungsrecht auszuüben.

Dies hätte offenbar den Erfolg gehabt, daß unter einer solchen Bedingung Niemand auf die Apotheke ein Gebot gethan hätte, und so die Klägerin diese auf eine

sehr hohe Summe geschätzte Realität um einen ihr beliebigen Preis hätte für sich steigern können.

Der Unterrichter versagte jedoch die Ladung, und das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigte dieß durch Urtheil vom 13. April l. J., wobei sich auch die Klägerin beruhigte.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Aus dem Inhalte der Klage selbst und der darin angerufenen, hier vorliegenden Theilungsakten ergibt sich, daß zwischen den Parteien die in der Klage verfolgten Ansprüche der Klägerin unbestritten sind, mit Ausnahme des Verlangens, daß bei der Versteigerung der Apotheke und des Realprivilegiums das lebenslängliche Nutznießungsrecht der Klägerin im Stück vorbehalten, und dieß dem Steigerer durch eine ausdrückliche Bestimmung auferlegt werde.

In dieser Beziehung allein hat die Klägerin ein Interesse und somit auch das Recht, eine richterliche Entscheidung zu begehren (Pr.O. §. 271), weßhalb, wenn jenes Verlangen gesetzlich unzuläßig ist, die ganze Klage als gegenstandlos erscheint und verworfen werden muß.

Als Theilhaberin der gesetzlichen Gütergemeinschaft ist die Klägerin allerdings befugt, nach L.R.S. 1476. 827 ff. die Versteigerung jener untheilbaren Liegenschaften zu begehren, sie darf aber nicht gleichzeitig die Nutznießung der Liegenschaften selbst ansprechen. Zunächst hat sie nur das Nutznießungsrecht an der Verlassenschaft ihres verstorbenen Ehemanns, und diese umfaßt nur die Hälfte der Liegenschaften, mithin hätte sie jedenfalls nur an einer Hälfte, und nicht am Ganzen der Liegenschaften einen Nutznießungsanspruch, so daß eine Zuvielforderung vorliegt.

So lange die Klägerin mit den Erben ihres Mannes in ungetheilter Gemeinschaft bleibt, ist die Ausübung der hälftigen Nutznießung möglich, weil sie kraft ihres Miteigenthums auch die andere Hälfte benützt.

Träte aber durch die Versteigerung ein Dritter in das Eigenthum, und wollte man der Klägerin das hälftige Nutznießungsrecht im Stück vorbehalten, so würden Collisionen von Rechten entstehen, welche eben zu einer Aufhebung des gemeinsamen Genusses durch Verpachtung oder Versteigerung führen müßten.

Ueberdies würde durch eine Versteigerung mit der Last der hälftigen Nutznießung im Stück eine solche Entwerthung der Liegenschaften für jeden Andern, als die Klägerin, eintreten, daß die Klägerin zum großen Nachtheil der Beklagten einen ungebührlichen Vorzug erlangte. Beides kann unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers liegen. Vielmehr muß man annehmen, daß, wenn die Klägerin die Aufhebung der Gemeinschaft durch Versteigerung der Liegenschaften begehrt, und somit den beklagten Erben die Möglichkeit entzieht, ihr die hälftige Nutznießung an der Sache selbst zu gewähren, sie sich damit begnügen müsse, ihr Nutznießungsrecht an dem durch die Versteigerung erzielten Kaufpreise auszuüben. Durch die Ausübung des Rechts, die Theilung durch Versteigerung zu bewirken, wird naturgemäß jenes, die Liegenschaften selbst zu nutznießen, (L.R.S. 578. 738 a) ausgeschlossen, da Beide in Widerspruch mit einander sind, und nicht nebeneinander bestehen können.

Eine andere Betrachtung führt noch weiter, nämlich zu dem Ergebniß, daß die Klägerin selbst abgesehen von ihrem Betreiben der Versteigerung nur das Recht hat, die Hälfte des Steigerungspreises, nicht aber der Liegenschaften selbst, zu nutznießen. Der vom Gesetze vielfach anerkannte (L.R.S. 577 bg, L.R.S. 815. 1474. 1476. 1686) Grundsatz, daß Niemand gezwungen werden kann, in Gemeinschaft zu bleiben, und vielmehr jeder Theilhaber deren Aufhebung durch Theilung im Stück, oder bei deren Unthunlichkeit durch Versteigerung verlangen darf, findet auch Anwendung auf die Nutznießung. Demnach können mehrere Nutznießer dieß Theilungsrecht unter und gegen einander ausüben (Proudhon. Usufruit Bd. II. No. 1245 der Belg. Ausg.), und ebenso hat es der Grundeigenthümer gegenüber demjenigen, welcher nur an einem ideellen Theile der Liegenschaft Nutznießungsrecht hat. Proudhon No. 1251. Gilbert les. c. ann. Note 8 zu Art. 827.) Ist die Theilung im Stück nicht möglich, so muß in diesen Fällen das Nutznießungsrecht versteigert, und durch Zuscheidung des betreffenden Theiles des Steigerungserlöses die Abtheilung bewerkstelligt werden. Eine einfache Folge hievon ist es, daß bei der Concurrenz mehrerer Miteigenthümer einer im Stück untheilbaren Sache unter sich einerseits und dieser Miteigenthümer gegen den theilweisen Nutznießer andererseits zur Versteigerung von Grundeigenthum und Genuß, also zur Versteigerung des vollen Eigenthums geschritten und dem Nutznießer die entsprechende Rata des Erlöses zum Genuß gegeben wird. Die Miteigenthümer unter sich verlangen nämlich Abtheilung des Grundeigenthums unter sich, also wird dieses veräußert, dann begehren sie in zweiter Reihe Abtheilung des Genusses gegenüber dem Nutznießer, mithin

muß auch dieser versteigert werden. Beides kann natürlich mit einander und zugleich geschehen, und so ergibt sich obiges Resultat. (Vrgl. die obigen Citate.) Gestaltet sich nun dieser Fall so, daß wie im vorliegenden Rechtsstreite der Miteigenthümer der einen Hälfte zugleich das Nutznießungsrecht an der andern Hälfte hat, so muß zum Zwecke der im Stücke nicht möglichen Theilung ebenfalls Grundeigenthum und Genuß zusammen versteigert werden, da nach den obigen Grundsätzen nur auf diese Weise die nothwendige gänzliche Auseinandersetzung der gegenseitigen Rechte möglich ist. (So wurde ein dem unsrigen ganz gleicher Fall entschieden nach Gilbert Note 3 zu Art. 1686.)

Demnach ist die Klägerin durch die unterrichterliche Ladungsversagung nicht beschwert, weßhalb und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 168, wie geschehen erkannt wurde. Dr. Puchelt.

IV.

Ueber die Wirkung einer vom außerordentlichen Landescommissär in Folge Staatsministerial-Erlasses vom 26. Juni 1849, Reg.-Bl. No. 35, ausgesprochenen Suspension eines nur provisorisch angestellten Dieners in Beziehung auf seinen Gehalt.

Ferdinand Baumer, der als Sprachlehrer bei der Gewerbschule in Neustadt provisorisch angestellt war, wurde vom großherzogl. außerordentlichen Landeskommissär am 24. Juli 1849 vom Dienste suspendirt und dessen Besoldung sistirt. Erst am 18. Jänner 1850 sprach großh. Ministerium des Innern dessen definitive Entlassung aus. Baumer verlangte daher die Ausbezahlung des Gehalts vom Tag der Sistirung bis zum Tag der Eröffnung der definitiven Entlassung. Er wurde jedoch in beiden Instanzen mit seiner Klage abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe des Hofgerichts des Seekreises lauten:

Da der Kläger blos provisorisch, d. h. versuchsweise und widerruflich angestellt war, so ist er auch zu jederzeit und ohne vorausgegangene Aufkündung des Dienstverhältnisses entlaßbar gewesen. Denn gerade die Anstellung in provisorischer Eigenschaft berechtigte den Dienstherrn, jederzeit und ohne nachtheilige Folgen für sich selbst zu erklären, daß er ein definitives Vertragsverhältniß nicht eingehen wolle, und daß er die Dienstleistung des provisorisch Angestellten nicht weiter mehr begehre. Die verfügte Suspension kann nun nicht anders ausgelegt werden denn als die Willenserklärung des Dienstherrn, beziehungsweise derjenigen Stelle, welche Namens desselben handelte und zu handeln befugt war, daß das bisherige, blos provisorisch eingegangene, daher jeden Augenblick widerrufliche Dienstverhältniß aufzuhören habe. Die nachgefolgte förmliche Entlassung war sodann blos die Genehmigung der von einer andern Behörde verfügten Dienstenthebung, und zugleich die Kundgebung des definitiven Entschlusses Seitens der Dienstbehörde, das früher bestandene und durch die Suspension unterbrochene Dienstverhältniß nicht wieder anknüpfen zu wollen.

Die provisorische Anstellung, oder die Anstellung auf Probe verpflichtete den Dienstherrn zur Bezahlung des Gehalts nur für denjenigen Zeitraum, als die Probezeit dauerte. Eine Probe oder Prüfung der Dienstleistungen des Klägers konnte aber die Dienstbehörde nur so lange vornehmen, als die Dienstleistungen des Klägers dauerten. Hat daher die Dienstbehörde, beziehungsweise die in ihrem Namen handelnde Stelle durch die Suspension erklärt, daß sie die Dienstleistungen des Klägers nicht mehr verlange, so war hierin zugleich die unzweideutige Willenserklärung ausgesprochen, daß die Probezeit ihr Ende erreicht, oder wenigstens, daß sie eine Unterbrechung zu erleiden habe, womit zugleich auch die Verpflichtung zur Gegenleistung, nämlich zur Zahlung des Gehalts, aufgehört hatte.

In zweiter Instanz wird zwar geltend gemacht, daß, weil das Ministerium des Innern den Kläger provisorisch angestellt habe, auch nur diese Behörde mit Rechtswirkung ihm den Dienst und den damit verbundenen Gehalt habe künden, beziehungsweise den Kläger habe suspendiren oder entlassen können.

Es ist aber gewiß, daß der großh. Landescommissär des Seekreises durch Verfügung vom 24. Juli 1849 die Suspension vom Dienste und das Ministerium des Innern erst am 18. Januar 1850 die Entlassung ausgesprochen hat. Allein abgesehen davon, daß der Kläger, wenn er jene Suspension nicht für rechtsverbindlich angesehen hat, verpflichtet gewesen wäre, sie nichtbeachtend seine Schuldienste fernerhin zu leisten, und daher, weil er ohne Rechtsgrund mit dieser Leistung aussetzte, der Gegentheil

auch nicht zur Bezahlung des Gehalts, der ja ausdrücklich nur als Gegenleistung für die versprochenen Dienste stipulirt war, nicht weiter mehr verpflichtet sein konnte; so ist dem großh. Landescommissär durch Verfügung vom 26. Juni 1849, Reg.-Bl. No. XXXV., von großh. Staatsministerium die unbeschränkte Vollmacht ertheilt worden, alle „Bedienstete, welche sich durch ihr Benehmen während „der Revolutionszeit in eine solche Lage gebracht haben, „daß sie auch nicht vorübergehend auf ihrer Stelle mehr „geduldet werden können, provisorisch zu suspendiren.“ In Gemäßheit dieser umfassenden Vollmacht wurde der Kläger, wie beiderseits anerkannt ist, suspendirt. Es ist hiernach klar, daß die sonst dem Ministerium des Innern zustehende Befugniß der Suspension durch jene allerhöchste Entschließung auf den außerordentlichen Landescommissär übertragen worden ist, und dieser daher mit aller Rechtswirkung den Kläger von seinem Lehramte entheben konnte. Die spätere definitive Entlassung des Ministeriums des Innern war sodann, wie schon angeführt, nur die Billigung dieser Enthebung und zugleich die Erklärung, daß es bei dieser Enthebung sein Verbleiben habe und man mit dem Kläger das frühere Dienstverhältniß nicht wieder herstellen wolle.

Daß auf das bestrittene Rechtsverhältniß das Staatsdieneredikt vom Jahr 1849 nicht anwendbar, ist für sich klar. Dagegen entspricht die abweisende Verbescheidung des Klägers dem §. 30 der Staatsministerial Verordnung vom 15. Mai 1834, Reg.-Bl. No. XXVII., wornach alle Anstellungen bei den Gewerbsschulen widerruflich sind.

Haager.

V.

Anerkenntniß einer Gültberechtigung. L.R.S. 695.

In Sachen des Grundherrn Grafen von Waldkirch gegen Altbürgermeister Renninger und Rathschreiber Aumüller von Seckach, Gültforderung betr., — hatte der Unterrichter die Lieferung der eingeklagten Gült, beziehungsweise, die Zuerkennung der eingeklagten Gültberechtigung von der Leistung zweier Haupteide abhängig gemacht, welche den Beklagten auferlegt waren.

In zweiter Instanz wurden jedoch die Beklagten durch abänderndes Urtheil vom 23. Dezember 1854 unbedingt verurtheilt, dem Kläger jährlich an Martini die auf den in der Klage angeführten Grundstücken haftenden, im alten seckacher Maas berechneten Erbgütern und Zinsen zu entrichten, — und zwar aus folgenden Gründen:

„Es handelt sich hier um alte Gülten und Zinsen, welche fortdauern, soweit sie durch gültige Rechtstitel oder verjährten Besitz gedeckt sind. L.R.S. 710 fb. Ein ursprünglicher Rechtstitel, wodurch die Erbdienstbarkeit vertragsmäßig stipulirt worden wäre, wurde nicht vorgelegt. Nach L.R.S. 695 kann jedoch der Mangel des ursprünglichen Titels durch ein Anerkenntniß der Dienstbarkeit ersetzt werden. Der Kläger hat zur Begründung und zum Beweis seines Rechtsanspruches ältere, in die Zeit vor Einführung des Landrechts fallende, sowie neuere, erst nach dem 1. Januar 1810 gefertigte Urkunden vorgelegt. Wenn nun auch die älteren Urkunden mit Rücksicht darauf, daß sie über das Jahr 1795 zurückgehen und mit ihrer Erneuerung nicht vor dem 1. Januar 1825 begonnen, beziehungsweise bei etwaigen Anständen das Factum der Entrichtung der Erbgülten und Zinsen protokollarisch aufgenommen worden sein soll, nach Ansicht der L.R.S. 710 fc. 2263, der Entschließung der Ministerialconferenz vom 10. Juli 1810 (Reg.-Bl. S. 254), vergl. mit Generalrescript vom 26. November 1809, Beil. F. No. 38 Buchstabe d. und der allerhöchsten Verordnung vom 21. September 1811, sowie nach Ansicht der Verordnung vom 13. August 1824 (Reg.-Bl. 19) ihre Beweiskraft verloren haben würden und auch die erst im Jahre 1834 vorgenommene Renovation nur aus dem Gesichtspunkt eines freiwilligen Anerkenntnisses des durch den Verlust der Beweisurkunden nicht selbst untergegangenen Rechtes betrachtet werden könnte; so ist doch dieses Anerkenntniß gehörig vereigenschaftet, um den Rechtsanspruch des Klägers zu begründen. Ein solches, aus der Zeit nach Einführung des L.R. herrührendes Anerkenntniß muß nämlich, ohne übrigens an die Formen eines förmlichen Verains gebunden zu sein, dahin geben, daß und wie das Gültrecht schon vor dem 1. Januar 1810 zu Stande gekommen ist. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Anerkenntnißurkunde die Beschaffenheit der in L.R.S. 1437 aufgeführten Urkunden habe, und den gesammten Inhalt der, den ursprünglichen Titel gebenden Urkunde enthalte, sondern es genügt, wenn sich eine vollkommene Kenntniß des anerkannten Rechtes von Seite des Anerkennenden ergibt.

Marcadé zum Art. 695.

Pardessus traité de servitudes No. 269.

Oberhofg. Jahrb. n. F. 5. Jahrg. S. 570. 6. Jahrg. S. 553.

In jener, wie in dieser Beziehung muß mit Rücksicht darauf, daß die Beklagten mit der Renovation der Beraine beauftragt waren, sie selbst im Eingang bezeugen, daß sie die alten Lagerbücher genau mit allem Fleiß und pflichthaft durchgangen, die betreffenden Urkunden, insbesondere den Vergleich vom 1. April 1772 der Renovation abschriftlich einverleibt haben, und daß sie endlich selbst zugestehen, eine Reihe von Jahren der Klägerin die Gülten entrichtet zu haben, die Urkunde als gehörig beschaffen angesehen werden.

Ob die Beurkundung vom 28. Januar 1834 als eine öffentliche Urkunde im Sinne des L.R.S. 1317 erscheint, kann füglich unentschieden bleiben, da dieselbe jedenfalls als eine von den Beklagten unterzeichnete und anerkannte Privaturkunde die gleiche Beweiskraft hat (L.R.S. 1318), denn der beurkundende Bürgermeister und Rathschreiber sind zugleich Gült- und Zinspflichtige. Wenn sie daher von sich selbst mit ihrer Unterschrift beurkunden, daß sie die Gülten und Zinsen als richtig anerkennen und bestätigen, und zwar ohne jeden Vorbehalt, daß die in öffentlicher Eigenschaft vorgenommene Beurkundung sie in ihrer Eigenschaft als Gült- und Zinspflichtige nicht binden solle, so haben sie die Urkunde zugleich als Betheiligte unterschrieben und müssen sie dieselbe gegen sich gelten lassen. — Wilckens.*)

*) Großh. Amtsassessor in Adelsheim.

VI.

Ueber Verweisungen.

1) Dem auf einen Liegenschaftserlös verwiesenen Gläubiger steht die Pfandklage gegen den Käufer wie gegen einen dritten Inhaber zu. (Annalen **XXII.** 209.)

2) Bei einer Pfandschuld haftet jeder Mitschuldner für den ganzen Betrag. (Annalen **XXII.** 133.)

3) Ein Mitschuldner ist zur Abtretung des Unterpfands nur in so weit verbunden, als er dasselbe besitzt.

Engelmaier gegen Berger.

Um sich möglichst vor Schaden zu bewahren, haben die Mitglieder des mit einem Rückgriff bedrohten Pfandgerichts das irrthümlich als frei gewährte Haus des Schuldners in öffentlicher Zwangsversteigerung gemeinschaftlich erstanden.

Der verwiesene Gläubiger belangte nun den Bürgermeister, als Chef des Pfandgerichts, auf Zahlung oder Abtretung der ersteigerten Liegenschaft, unterlag aber in den vordern Instanzen hauptsächlich aus dem Grunde, weil das für seine Forderung beanspruchte Vorzugsrecht durch die Zwangsversteigerung erloschen sei.

In dritter Instanz wurde jedoch durch abänderndes Urtheil vom 4. Juli 1855 der Beklagte für schuldig erklärt, die auf den Kläger verwiesenen Steigschillinge nebst Zinsen an denselben zu zahlen oder seinen Antheil an dem mit den übrigen Pfandgerichtsmitgliedern von Bühl ersteigerten Hause abzutreten.

Die oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe gehen nämlich davon aus, daß die vorliegende Pfandklage sich nicht, wie in der vorigen Instanz angenommen ward, auf das dem Gläubiger ursprünglich und vor der Versteigerung zugestandene Unterpfandsrecht, sondern auf das Vorzugsrecht stütze, welches durch die Versteigerung selbst für den Steigschilling entstanden sei — und fahren dann fort: „Unzweifelhaft ist auch der Steigerungspreis für eine im Vollstreckungswege veräußerte Liegenschaft ebenso wie jeder andere Kaufpreis mit dem gesetzlichen Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 Absatz 1 verbunden, und derjenige Gläubiger, welcher zu seiner Befriedigung in den Steigschilling eingewiesen wird, hat dadurch von selbst die Befugniß erlangt, auch das dafür bestehende Vorzugsrecht geltend zu machen. Er hat zwar allerdings eine persönliche Klage gegen den Steigerer auf Zahlung des Kaufpreises und kann diese Zahlung nicht blos aus dem Steigerungsobjecte, sondern aus dem ganzen Vermögen des Schuldners beitreiben; ferner kann er nach §. 1030 der Pr.O. auf kurzem Wege die Wiederversteigerung der Liegenschaft begehren, wenn die Zieler nicht eingehalten werden. Allein dies hindert ihn nicht, statt der persönlichen Klage die Pfandklage gegen den Käufer wie gegen einen dritten Inhaber anzustellen, da ihm beide Klagen neben einander zukommen.“ *) —

Zur Bezahlung der ganzen auf dem versteigerten Hause haftenden Schuld konnte Beklagter verurtheilt werden, weil das Pfandrecht (nach L.R.S. 2114) untheilbar ist.

Was aber die alternativ begehrte Abtretung der gedachten Liegenschaft angeht, so mußte sich solche auf den (ideellen oder reellen) Antheil des Beklagten beschränken, da er nur diesen zu verpfänden befugt, hinsichtlich der übrigen Antheile aber nicht Eigenthümer und Besitzer des Hauses geworden und folglich auch nicht in der Lage ist, darüber verfügen zu können. D. R.

*) Hiernach modificirt sich die Annalen XXI. 118. Note *) aufgestellte Ansicht.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 31. | Mannheim, 28. Juli 1855.

I.

1) Im Gantverfahren ist es nicht gestattet, eine angemeldete Forderung zur Zeit abzuweisen, und

2) muß daher in demselben auch eine Erb- und Gemeinschaftstheilung vorgenommen werden. Annalen XXI. No. 15.

3) Fall einer Zurückweisung zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Richter der vorderen Instanz nach Maaßgabe von Pr.O. §. 1176.

4) Wenn eine Partei das ihr günstige, von dem Gegentheile angefochtene Urtheil nicht aufrecht erhalten will, so darf sie sich nicht der Appellation oder Adhäsion dazu bedienen, sondern hat einfach diesen ihren Willen zu erklären.

5) Auslegung eines Erbtheilungsgeschäfts und Nachweis, daß die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten nur den Minderjährigen und den diesen gleichstehenden Personen das Recht verleiht, die Theilung gemäß L.R.S. 840 für eine fürsorgliche zu erklären, und eine neue definitive Theilung zu begehren.

6) Das gesetzliche Pfandrecht der Minderjährigen gebührt den Kindern an den Liegenschaften ihres Vaters, als ihres gesetzlichen Vormunds, für ihre Gleichstellungsgeldforderungen und alle Ersatzansprüche, sowie für ihre Forderungen an das Gemeinschaftsvermögen, und zwar vom Tage des Erbanfalls, Todestage der Mutter, an.

7) Die vom Gesetze für unbeweglich erklärten Fahrnißzugehörden einer Liegenschaft können nicht Gegenstand eines Faustpfandvertrags sein.

Die ehelichen Kinder des Simon Armbruster liquidirten in der Gant ihres Vaters Ansprüche im Gesammtbetrage von 70,000 fl., welche sie folgendermaßen begründeten: der Gantmann habe mit ihrer Mutter in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt, und deßhalb gehöre ihnen, als deren gesetzliche Erben, die Hälfte des ganzen am Todestage der Mutter, 9. Juni 1843, vorhanden gewesenen Vermögens. Nun sei damals im August 1843 ein vollständiges Inventar gefertigt und eine Theilung vorgenommen worden, nach welch letzterer die Liegenschaften in ungetheilter Gemeinschaft blieben, alle Fahrnisse und Forderungen aber dem Gantmanne gegen ein ihnen zu zahlendes Gleichstellungsgeld von 38,986 fl. 12 kr. und gegen Uebernahme aller vorhandenen Schulden zu Eigenthum überlassen wurden. Demnach gebühre ihnen die Hälfte aller Liegenschaften im Stück, oder im Falle von deren Untheilbarkeit die Hälfte des Erlöses außerhalb der Gant, und das Gleichstellungsgeld mit dem gesetzlichen Pfandrechte der Mündel. Außerdem hätten sie von ihren Pathen und anderen Personen Geschenke im Betrage von 400 fl. erhalten, welche ihnen der Gantmann ersetzen müsse, und wofür ihnen das gleiche Pfandrecht zustehe. Ueberdies verlangten die Liquidanten noch den Betrag von 31,548 fl. 52 kr. als Ersatz einer von ihrer Mutter gegenüber der Versorgungsanstalt übernommenen Sammtverbindlichkeit für ein Darleihen.

Das Handlungshaus Passavant und Comp. in Basel hat an den Gantmann etwa 50,000 fl. aus Wechselgeschäften zu fordern, und meldete diese Summe an, wo-

bei es kraft eines Faustpfandvertrags die ganze Einrichtung einer zur Gantmasse gehörigen Fabrik, nemlich die Maschinen, sowie alle anderen Geräthschaften, als die Mittel zu seiner vorzugsweisen Befriedigung in Anspruch nahm.

Der Unterrichter erkannte in allen Punkten zu Gunsten der Armbruster'schen Kinder, und fügte der Lokation des Handlungshauses Passavant und Comp. in der II. Klasse noch den Vorbehalt bei, daß diesem Liquidanten ein Recht auf vorzügliche Befriedigung aus den Faustpfändern nur insoweit zustehe, als die erstehelichen Kinder des Gantmanns, welche mit gesetzlichem Unterpfandsrecht in dritter Ordnung locirt sind, mit ihrer dort genannten Forderung aus dem Unterpfandsobjekt, wozu namentlich auch die als Faustpfand bezeichneten Geräthschaften gehören, vor ihm befriedigt worden sind.

Das Handlungshaus Passavant und Comp. appellirte gegen den Ordnungsbescheid und verlangte die Beseitigung der letzterwähnten Beschränkung seines Faustpfandrechts, sowie die Abweisung der von den erstehelichen Kindern des Gantmanns angemeldeten Ansprüche. Als diese Sache das erste Mal (6. Mai 1853) bei dem großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises zur Verhandlung kam, erließ dieses ein abänderndes Urtheil dahin, daß die erstehelichen Kinder des Gantmanns mit ihrer liquidirten Forderung zur Zeit abzuweisen seien, ihnen jedoch vorbehalten werde, die endgültige Erledigung der mütterlichen Erb- und Gemeinschaftstheilung zu betreiben und hierauf gestützt, ihre Ansprüche sodann im Laufe dieses Gantverfahrens geltend zu machen.

Das großh. Oberhofgericht aber hob dieß Urtheil auf und wies das großh. Hofgericht an, in der Sache selbst Urtheil zu geben. (10. November 1853.)

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das großh. Hofgericht hat auf die von einem Gläubiger, dem jetzigen Oberappellaten, dorthin gegen das Ganturtheil ergriffene Berufung über die Separations-, Forderungs- und Vorzugs-Ansprüche der liquidantischen Kinder I. Ehe des Cridars, der jetzigen Oberappellanten, gegen welche jene Appellation gerichtet war, keineswegs, wie im unterrichterlichen Locationsbescheid geschehen, ein Enderkenntniß erlassen, sondern die nunmehrigen Oberappellanten mit ihren liquidirten Forderungen nur noch zur Zeit mit dem Vorbehalte abgewiesen, die endgültige Erledigung der mütterlichen Erb- und Gemeinschaftstheilung (aus welcher sie ihre Forderungen größtentheils herleiten) zu betreiben, und hierauf gestützt, ihre Ansprüche sodann im Laufe dieses Gantverfahrens geltend zu machen.

Hiergegen hat nun nicht nur die Vormundschaft der genannten Minderjährigen, sondern auch ihre Gegenpartei die Oberappellation ausgeführt, und letztere, nachdem sie bereits zur Nachweisung der Zulässigkeit ihrer Appellation vorgeladen worden war, sich nunmehr der von dem Ersteren eingeführten Oberappellation angeschlossen.

Es ist jedoch die von dem früheren Appellanten Passavant und Comp. eingeführte Oberberufung ebenso wie seine Anschließung an das vom Gegentheil ergriffene Rechtsmittel, da diesem Gläubiger durch das hofgerichtliche Urtheil zur Zeit noch nichts aberkannt, vielmehr dort immerhin zu dessen Gunsten das Ganturtheil abgeändert wurde, den Bestimmungen der §§. 1125 und 352. 353 der Pr.O. zufolge unzulässig, und es kann seine Anschließung an die Oberappellation des Gegentheils nur die Folge haben, daß hierdurch seiner etwaigen Verurtheilung in die Kosten dieser Instanz im Falle einer Abänderung des von ihm früher nicht beantragten Urtheils des großh. Hofgerichts begegnet wird. Dagegen erscheint die Oberappellation der Kinder erster Ehe des Cridars, welche durch das hofgerichtliche Urtheil mit ihren sämmtlichen Ansprüchen, wenn auch nur zur Zeit noch und mit dem erwähnten Vorbehalt abgewiesen worden sind, nachdem sogar in erster Instanz bereits ein Endurtheil zu ihren Gunsten ergangen war, — als zulässig, und ihre Beschwerde als wohlbegründet, wie schon aus den Bestimmungen der §§. 799. 864--874 Pr.O. folgt, wonach im Gantprozeß eine Abweisung zur Zeit schlechthin unstatthaft ist, vielmehr selbst betagte oder bedingte Forderungen mit Eröffnung des Gantverfahrens fällig werden und in der dort angegebenen Weise im Locationsurtheile in dem weiteren Verfahren berücksichtigt werden müssen.

Die Vindicationsansprüche und Forderungen, welche Namens der minderjährigen Oberappellanten bei der Schuldenliquidation gegen die Gantmasse geltend gemacht wurden, gehören aber nicht einmal in die Kathegorie solcher Forderungen, deren Klagbarkeit vorerst noch von dem Eintritt eines bestimmten Verfalltages oder einer thatsächlichen Voraussetzung als Bedingung ihrer Existenz abhängig wäre, denn abgesehen davon, daß mehrere von den liquidantischen Forderungen und Ansprüchen auf Vorgang, z. B. ihre Ersatzforderungen für dem Cridar anvertraute

Geldgeschenke und wegen übernommener Sammtverbindlichkeit von Seiten ihrer verstorbenen Mutter gegenüber der badischen Versorgungsanstalt mit der mütterlichen Erb- und Gemeinschaftstheilung, deren endgültige Erledigung von dem großh. Hofgerichte für sämmtliche Ansprüche als Bedingung ihrer sofortigen Geltendmachung gefordert wird, in keinem rechtlichen Zusammenhang stehen, so darf selbst bei denjenigen liquidantischen Ansprüchen, welche eine endgültige Erb- und Gemeinschaftstheilung voraussetzen, nicht übersehen werden, daß gerade mit der vorliegenden Liquidationsklage eine solche endgültige Theilung im gerichtlichen Wege bezweckt wird, und ein hierauf ausdrücklich gerichtetes Begehren schon vor dem früheren Anwalte derselben in seiner schriftlichen Eingabe mehrfach gestellt, und unter Zugrundlegung des Inventars v. J. 1843 und der damals vorgenommenen blos provisorischen Theilung um Berichtigung dieser letzteren in den angegebenen Punkten gebeten worden ist. Hierzu waren die Liquidanten um so mehr berechtigt und veranlaßt, als bei der eingetretenen Aenderung der Verhältnisse die Vornahme einer definitiven Theilung, resp. eine endgültige Berichtigung der provisorischen Uebereinkunft vom Jahre 1843 auf anderem Wege und ohne vorgängige richterliche Entscheidung über diejenigen Fragen, welche Gegenstand der vorliegenden Verhandlungen und der unterrichterlichen Entscheidung im Gantutheile geworden sind, ganz unausführbar sein würde. Der Richter zweiter Instanz konnte sich daher dieser Entscheidung dadurch, daß die Liquidanten mit ihren Forderungen zur Zeit noch abgewiesen wurden, nicht entschlagen, der gedachte Ausspruch mußte demnach aufgehoben und nach Ansicht des §. 1176 Pr.O. das großh. Hofgericht angewiesen werden, in der Sache selbst ein Enderkenntniß zu geben.

Da der oberappellatische Theil seiner Seits das beschwerende Erkenntniß weder veranlaßt, noch dahier für sich in Anspruch genommen, der Beschwerde des Oberappellanten vielmehr sich angeschlossen hat, so mußten die durch die Oberappellation der cridarischen Kinder erster Ehe erwachsenen Kosten dem in der Hauptsache dereinst unterliegenden Theile, jene, welche durch die unstatthafte Oberappellation und Anschließung der Gegenpartei entstanden, jetzt schon der letzteren selbst zu tragen zugeschieden werden.

Nachdem in Folge dessen die Sache bei dem großh. Hofgerichte neuerdings verhandelt worden war, erging dort unterm 6. September v. J. ein Urtheil, welches den amtlichen Ordnungsbescheid in allen Punkten mit der einzigen Ausnahme bestätigte, daß die Ersatzforderung der cridarischen Kinder für die von ihrer Mutter übernommene Sammtverbindlichkeit von 31,548 fl. 52 kr. nebst Zins auf die Hälfte herabgesetzt wurde, weil das großh. Hofgericht annahm, daß die Mutter der cridarischen Kinder wegen der zwischen ihr und dem Gantmann bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft für die andere Hälfte selbst als Schuldnerin hafte. Im Uebrigen bedarf es einer Mittheilung der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe nicht, weil sie mit denen des großh. Oberhofgerichts zusammenfallen, indem der oberste Gerichtshof am 24 Mai l. J. in dem erwähnten Punkte das amtliche Urtheil wiederherstellte, sonst aber conform mit den beiden vordern Instanzen erkannte und das Handlungshaus Passavant und Comp. auch in die Kosten der zweiten und dritten Instanz verfällte.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das Handlungshaus Passavant und Comp. beschwert sich gegen das in den vorderen Instanzen ergangene Gantutheil

1) zunächst und vorzugsweise darüber, daß den Kindern des Cridars erster Ehe das ihnen im Jahre 1843 erblich angefallene mütterliche Vermögen nach Maaßgabe des mit ihrem Vater im August 1843 abgeschlossenen Theilungsvertrags und nach dem der damaligen Inventarisirung zu Grund gelegten Anschlage von 70,486 fl. 12 kr. der Art zugeschieden worden ist, daß sie die Hälfte aller im Vermögensverzeichnisse von 1843 beschriebenen Liegenschaften im Stück, oder deren hälftigen Erlös, falls der Untheilbarkeit derselben, aus der Gantmasse wegzuziehen für berechtigt erklärt und mit dem Reste der mütterlichen Erbforderung, welche nach Abzug des liegenschaftlichen Vermögens von den oben besagten 70,486 fl. 12 kr. sich noch auf die Summe von 38,986 fl. 12 kr. herausstellt, in Klasse III. mit gesetzlichem Unterpfandsrechte auf sämmtliche Liegenschaften des Gantschuldners mit Vorrang vom 9. Juni 1853 locirt worden sind.

Die Beschwerde will damit gerechtfertigt werden, daß die Erbtheilung von 1843 ausdrücklich nur als eine fürsorgliche aufgestellt worden sei, aber auch ohnedies wegen Nichtbeobachtung der vom Gesetze für Theilungen, bei welchen Minderjährige betheiligt sind, vorgeschriebenen

Regeln nach L.R.S. 840 nur als eine fürsorgliche gelten könne, und somit den Kindern des Cridars jetzt nicht das Recht zustehe, auf den Grund des Theilungsoperats von 1848 die Ausfolgung ihres mütterlichen, bisher im Besitze des Cridars gebliebenen — Erbes zu begehren, sie vielmehr nur eine neue, eine definitive Theilung der zwischen ihrer Mutter und dem Cridar bestandenen Gemeinschaft nach dem dermaligen Stande und Werthe des Gemeinschaftsvermögens verlangen könnten.

Nach dem Theilungsoperate von 1843 sollte aber nach der Absicht der Betheiligten die damalige Theilung nur in Bezug auf die vorhandenen Liegenschaften eine fürsorgliche und die künftige Theilung im Stück noch vorbehalten sein, während die damalige Theilung alles übrigen Vermögens, sowohl von Simon Armbruster als auch von den Pflegern seiner Kinder — und zwar mit Zustimmung des Orts- und Waisengerichts — als eine endgültige angesehen wurde.

Diese auf endgültige Theilung des nicht liegenschaftlichen Vermögens gerichtete Absicht der Interessenten ergibt sich unzweifelhaft aus dem ganzen Wortlaute des Theilungsvertrags von 1843. Es werden ausdrücklich dem Vater sämmtliche Fahrnisse um den Inventuranschlag zu eigen überlassen und von ihm angenommen; derselbe übernimmt übereinkunftsmäßig auch die sieben Aktien an der mechanischen Zwirnerei am Hohenstein ebenfalls um den Inventuranschlag als alleiniges Eigenthum, nur zu den Liegenschaften behält jeder Theil sich seine Rechte bevor, eine Theilung derselben im Stücke soll zur Zeit nicht vorgenommen werden, weil der Wittwer den Antheil der Kinder kraft elterlichen Rechtes noch zu benützen hat, — es wird daher die Theilung von 1843 bei dem Vertragsabschluß selbst auch nur in Bezug auf die Liegenschaften als eine fürsorgliche bezeichnet, wogegen anderer Seits die Theilung alles nicht liegenschaftlichen Vermögens in der Art festgestellt würde, daß der Vater aus den ihm als eigen zugewiesenen Fahrnißstücken und aus den ihm ferner zugewiesenen und von ihm angenommenen Aktien und Aktivforderungen der Gemeinschaft zunächst alle Schulden dieser zu zahlen hat, und den Kindern, als Erben seiner verstorbenen Ehefrau, eine theils an den Vater, theils an einen Schuldner der Gemeinschaft Namens Albert Landerer — zur Zahlung verwiesene Gleichstellungsgeldforderung, zugestanden wird, welche dem hälftigen Anschlage des reinen, d. h. nach Abzug des Schuldenbetrags übrig bleibenden — in den Alleinbesitz des Vaters gekommenen Vermögens gleichsteht.

Ist aber nach der hiernach ganz klar ausgesprochenen Absicht der Betheiligten bezüglich alles nicht liegenschaftlichen Vermögens ein definitives Abkommen unter ihnen getroffen worden, so kann die Eigenschaft jener Theilung als einer fürsorglichen nur daraus abgeleitet werden, daß bei der Theilung nicht alle zu Gunsten und im Interesse der Minderjährigen vom Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Ist die Theilung aber nur aus diesem Grunde eine provisorische, so kann diese ihre Eigenschaft durch die Anerkennung der Liquidanten jederzeit in eine definitive verwandelt werden, und es steht, — wenn die Kinder den Vertrag aufrecht erhalten wissen wollen — nicht dem Vater oder jetzt seiner Gantmasse das Recht zu, den Theilungsvertrag von 1843, insoweit der Vater denselben mit der klar ausgesprochenen Absicht, dadurch eine definitive Theilung herbeizuführen, abgeschlossen hat, aus dem Grunde zu beseitigen, weil dabei die nur im Interesse der Minderjährigen vorgeschriebenen Formalitäten außer Acht gelassen worden sind. (Vrgl. L.R.S. 840 mit L.R.S. 1125 und L.R.S. 6b, sowie oberhofg. Jahrb. von 1847/48 und die dort allegirte Entscheidung des Cassationshofs in Sirey, tom. 39 pag. 615).

Mit Recht hat daher das Ganturtheil der vorderen Instanzen nach Maßgabe des Theilungsvertrags von 1843 die damals noch vorbehaltene Theilung der Liegenschaften im Stück angeordnet, und außerdem die bereits im Jahr 1843 nach Abzug aller Schulden, zu deren Tilgung dem Vater ein entsprechender Theil der Gemeinschaftsmasse vorweg zugewiesen worden ist, fixirte Gleichstellungsforderung der Kinder mit 38,986 fl. 12 kr. in Klasse III. mit Vorzugsrecht vom Tage des Erbanfalls an locirt, weil das ganze mütterliche Vermögen der Kinder und darunter auch die zu ihrer Befriedigung im Jahre 1843 bestimmte Forderung an Albert Landerer in den Händen des Vaters — als gesetzlichen Pflegers der Kinder — geblieben und eine Ausfolgung dieses mütterlichen Vermögens, oder auch nur eines Theils desselben, beziehungsweise eine Ausfolgung des Aktivausstandes bei Landerer an die liquidantischen Kinder, weder durch den Cridar noch durch die Vertreter der Gantmasse behauptet worden ist. (L.R.S. 2121 und 2135.)

Nach dem Theilungsoperate von 1843 und aus den dort angeführten Gründen ist aber auch

2) die ebenfalls vom Handlungshaus Passavant und Comp. im Wege der Oberappellation angefochtene Location einer Anforderung der liquidantischen Kinder auf Zurückgabe der nach dem Tode ihrer Mutter in den Händen ihres Vaters belassenen Pathen- und anderer Geschenke im Betrage von 400 fl. sowie das dieser Forderung zuerkannte Unterpfandsrecht vom 9. Juni 1843 gerechtfertigt, weil Simon Armbruster durch den Theilungsvertrag von 1843 gegen Ueberweisung einer entsprechenden Deckung die Tilgung aller Schulden der Gemeinschaft übernommen hatte, zu diesen Schulden aber anerkannter Maaßen auch jene Forderung der Kinder gehörte, und der Vater sie daher dem von ihm verwalteten Pflegschaftsvermögen beizufügen verpflichtet war." —

Das über die 3. Beschwerde des oberappellantischen Handlungshauses Passavant und Comp. Gesagte wurde als rein thatsächlich hinweggelassen, und bezüglich des Eingangs der Erörterung unter No. 4 genügt die Bemerkung, daß hinsichtlich der Ersatzforderung der cridarischen Kinder für die von ihrer Mutter gegenüber der Versorgungsanstalt übernommene Sammtverbindlichkeit deßhalb die Beschwerde des oberappellantischen Handlungshauses Passavant und Comp. verworfen, und die Beschwerde der cooberappellantischen Kinder des Gantmanns für begründet, mithin das amtliche Urtheil wiederhergestellt wurde, weil die Schuld an die Versorgungsanstalt bei der Theilung von 1843 von dem Vater Simon Armbruster übernommen worden sei. Hierauf fahren die Entscheidungsgründe fort:

Dieses Uebereinkommen zwischen den Theilungsinteressenten hat, wenn es auch der Versorgungsanstalt gegenüber die Armbruster'schen Kinder von der durch die Mutter auf sie übergegangenen Sammt- oder Mitverbindlichkeit nicht befreit, — doch unter den Contrahenten von 1843 die Folge, daß die ganze Schuld von 31,548 fl. 12 kr. sammt Zinsen eine alleinige Last der dem Simon Armbruster schon damals zu eigen übergebenen Vermögenstheile geworden ist, und demnach den Erben seiner Frau, wenn diese dessenungeachtet eine Zahlung an die Versorgungsanstalt zu leisten genöthigt wären, hierwegen eine volle Entschädigung gebührt, welche sich eigentlich nur als eine Wiederherausgabe dessen darstellen würde, was sie im Jahre 1843 ihrem Vater zur Deckung für die von ihm übernommene Zahlung ausgefolgt haben. Daß aber auch für diese eventuell aufgestellte Forderung, welche nur die Ergänzung des den Armbruster'schen Kindern anerfallenen Erbes bezweckt, diesen Kindern gegenüber dem Vater als ihren gesetzlichen Vertreter, das angesprochene Unterpfandsrecht vom 9. Juni 1843 zukommt, folgt aus dem schon oben allegirten L.R.S. 2121 und 2135.

5) Es stellt endlich das Handlungshaus Passavant und Comp. noch eine Beschwerde auch darüber auf, daß der Ordnungsbescheid der vorderen Instanzen den Cridarischen Kindern wegen ihrer mütterlichen Erbforderung auch einen Vorrang vor dem oberappellantischen Handlungshaus in Bezug auf die Maschinen und Geräthe der zur Gantmasse gehörigen Spinnerei am Hohenstein einräumen, obgleich dem liquidantischen Handlungshause auf diese Gegenstände im Jahre 1848 ein Faustpfandsrecht eingeräumt worden sei. Es ist jedoch auch diese Beschwerde in Rechten nicht begründet.

Die besagtem Handlungshause als Faustpfand bewilligten Gegenstände waren nämlich, — wie aus dem vorgelegten Faustpfandvertrage selbst unzweifelhaft hervorgeht, — zur Zeit der Faustpfandbewilligung bis zum Ausbruche der Gant solche Bestandtheile der Fabrik am Hohenstein, welche das Gesetz (L.R.S. 524) ihrer Bestimmung wegen als unbewegliche Sachen erklärt. — Die Bestellung einer unbeglichen Sache als Pfand kann aber nur in der durch L.R.S. 2124 und ff. vorgeschriebener Weise geschehen, und erfolgt sie dessenungeachtet in der Form eines Faustpfandvertrags, so entbehrt solche jeder Rechtswirkung. Deßhalb ist aber auch das liquidantische Handlungshaus durch den den cridarischen Kindern wegen des ihnen auf sämmtliche Liegenschaften des Cridars zustehenden Vorzugsrechts auch auf besagte Bestandtheile dieser Liegenschaften eingeräumten Vorrang nicht nur nicht beschwert, sondern es hätte auch jeder von ihm aus dem Faustpfandvertrage abgeleitete Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung zurückgewiesen werden sollen, was aber bei dem Mangel einer Beschwerde in der oberen Instanz nicht geschehen kann, so daß auch dieser Theil des amtlichen Ganturtheils bestätigt werden mußte, ungeachtet des darin liegenden Widerspruchs, daß ein und derselbe Gegenstand als ein dingliches Unterpfand und zugleich als ein Faustpfand erklärt wird.

P.

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

X. Endpunkt der Gant und ordnungsmäßige Vertheilung der Masse gemäß §. 900. 901. Fall der gänzlichen Uebergehung eines Gantgläubigers.

Nach den in Pr.O. §. 900. 901. 903 und 883 (alte Pr.O. §. 935. 936. 938. 918) niedergelegten Grundsätzen gilt die Tagfahrt, an welcher der Vertheilungsbescheid eröffnet wurde, regelmäßig als der Endpunkt der Gant, und dieser Endpunkt wird nur dann weiter hinausgerückt, wenn ergriffene Rechtsmittel die Vertheilung im Ganzen aufhalten. Die Folgen, welche mit diesem Endpunkt der Gant, dem Zeitpunkt der gesetzlich als vertheilt geltenden Masse, verbunden sind, bestehen darin:

1) daß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederherstellung nun nicht mehr zulässig ist, §. 883 900;

2) daß kein Anspruch an die Gläubiger, welche an die Masse angewiesen sind, ferner Statt findet, §. 901;

3) daß das Vermögen, welches dem Gemeinschuldner von jetzt an zufällt, nicht mehr einen Bestandtheil der Gantmasse bildet, §. 800. 903.

Vrgl. v. Weiler's Motive zu §. 936.

Hiernach und im Hinblick auf die Vorschriften der §. 893—895 der Pr.O. in Betreff der Erinnerungen gegen den Vertheilungsbescheid und der Berufung gegen die bezüglichen Verfügungen des Gantrichters ist es allerdings klar, daß das Bestreben, geleitet durch die Nothwendigkeit, der Gant einmal ein festes Ziel zu setzen, die im Ungewissen schwebenden Vermögensverhältnisse in sichere Ordnung zu bringen und das fortwährend drohende Wiederanstehen des Krieges Aller gegen Alle abzuschneiden, darauf gerichtet war, die fernern Rechtsmittel einzelner zum Vortheil Aller möglichst zu beschränken, selbst auf die Gefahr hin, daß in außergewöhnlichen Fällen dem Einzelnen hiedurch ein nicht zu beseitigender, nicht verschuldeter Nachtheil erwachsen möchte. Demungeachtet darf die Strenge des Gesetzes, welches stets voraussetzt, daß das Ganturtheil und der Vertheilungsbescheid dem einzelnen gegenüber rechtskräftig geworden ist und rechtskräftig werden konnte, nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, in welchen Gläubiger, welche ihre Ansprüche ordnungsmäßig angemeldet und richtig gestellt hatten, aus Versehen im Ganturtheil und Vertheilungsbescheid gänzlich übergangen und gar nicht zur bezüglichen Tagfahrt vorgeladen wurden.

Diese Grundsätze wurden vom unterrheinischen Hofgericht anerkannt in dem am 18. August d. J. entschiedenen

Rechtsfall

in Sachen des Herz Maier gegen die Gantmasse des Matthäus Bär in Bockschaft u. s. w. Forderung und Vorzugsrecht betreffend.

Die nähere Beschaffenheit dieses Falles und die rechtliche Ansicht des Gerichtshofes ergibt sich aus den hier mitgetheilten

Entscheidungsgründen.

Herz Maier von Thairbach meldete in der Gant des Pächters Bär von Bockschaft 220 fl. nebst Zinsen von einem Jahr an. Er bezeichnete die Forderung als Kaufschilling für Kleesamen und sprach Vorzugsrecht auf den Kleeertrag an mit Vorgang vor der adeligen Damenstiftsverwaltung (der Verpächterin).

Die Forderung wurde anerkannt, das Vorzugsrecht aber von den Gläubigern, insbesondere der Damenstiftsverwaltung, widersprochen.

Auf ergangene Auflage zu näherer Begründung seines Vorzugsrechtes erklärte Maier: Er habe den Kleesamen im Jahre 1852 an den Gemeinschuldner verkauft, der Same sei auf das Hofgut in Bockschaft ausgesät worden, der Ertrag aber in der Gantmasse vorhanden, weßhalb ihm nach L.R.S. 2102 ein Vorzugsrecht in 2. Ordnung zustehe und zwar nach Maßgabe dieser Bestimmung vor der Damenstiftsverwaltung.

Von Seiten des Gläubigerausschusses, dem die Fortführung der zu besonderem Austrage gewiesenen Forderungsstreitigkeiten überlassen worden war, wurden die obigen Thatsachen zugestanden, und es wurde die Würdigung des Vorzugsrechtes dem Richter anheimgestellt.

Im Ordnungsbescheid vom 24. April v. J. wurde die Forderung des Herz Maier völlig mit Stillschweigen übergangen.

Die Verkündung dieses Bescheids fand am 24. Mai d. J. statt. H. Maier erschien hiebei nicht. Er war gar nicht vorgeladen.

Am 10. Januar d. J. wurde auch der Vertheilungsbescheid eröffnet. Derselbe kam auch zum Theil zum Vollzug.

Am 30. Januar d. J. machte Maier die erwähnte Uebergehung geltend, und verlangte, indem er dem Beamten (Amtmann N. N.) den Streit verkündete, daß die Auszahlungen der Verweisungen vorerst eingestellt und die fragliche Forderung nachträglich in Ord. II. eingereiht, die Gesammtverweisung aber hiernach abgeändert werde.

Dieses Gesuch wurde mit Bezug auf Pr.O. §. 900. 901 vom Unterrichter als unstatthaft verworfen.

Herz Maier, welcher hiegegen die Appellation ausgeführt hat, verlangt nun vom Obergerichte, daß das unterrichterliche Erkenntniß aufgehoben und dem Bezirksamte aufgegeben werde, nöthigenfalls nach weiterer Verhandlung über das vorliegende Gesuch zu erkennen.

Nach dem Obigen erscheint auch dieses Begehren vollkommen begründet. Die vom Unterrichter angeführten Gesetzesstellen können dem Appellanten, der sonst ohne Verschulden von seiner Seite durch einen auffallenden Verstoß des Gantrichters um sein von ihm gehörig geltend gemachtes, thatsächlich unbestrittenes Recht gebracht werden würde, mit Erfolg nicht entgegen gehalten werden, denn die Bestimmung der Pr.O. §§. 883. 900. wonach das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederherstellung nur so lange zulässig ist, als die Gantmasse noch nicht im Sinne des §. 900 unter die Gläubiger vertheilt ist, setzt nothwendig ein rechtskräftig gewordenes Ganturtheil, beziehungsweise einen rechtskräftig gewordenen Vertheilungsbescheid voraus (vergl. Pr.O. §. 1208), während dem übergangenen, weder zum Ganturtheile, noch zum Vertheilungsbescheide vorgeladenen Appellanten gegenüber ein rechtskräftiger Spruch überall nicht vorliegt, und ebenso kann dem Appellanten gegenüber von einer ordnungsmäßigen Vertheilung im Sinne des § 901 da nicht die Rede sein, wo derselbe mit Unterlassung jeder Benachrichtigung gegen Ordnung und Recht gänzlich übergangen wurde. Für einen solchen Fall müssen die Gesetze dem Verletzten ein rechtliches Schutzmittel gewähren, so lange die Lage der Verhältnisse noch eine Abhilfe zuläßt; im vorliegenden Falle ist aber die in Frage stehende Vertheilung nach den Anführungen des Appellanten noch nicht, wenigstens noch nicht vollständig, zum Vollzug gekommen, es kann daher die weitere Verfolgung seines Anspruches, und namentlich vor Allem das Recht desselben, ein nachträgliches Erkenntniß über seinen Anspruch zu erlangen, um so weniger einem Zweifel unterliegen.

Hiernach ist nach dem erwähnten Begehren des Appellanten zu erkennen, die Kosten der Berufung sind nach Pr.O. §. 167. 168. den Appellaten zur Last zu legen, welche dem begründeten Gesuch des Appellanten entgegentraten.

Das Hofgericht wieß unter Aufhebung des unterrichterlichen Erkenntnisses die Sache zu weiterer Verhandlung beziehungsweise Entscheidung an den Unterrichter zurück, indem es, obwohl nicht einstimmig, der Ansicht war, daß die Zurückweisung, da der untere Richter in der Sache selbst noch gar nicht erkannte, nach Pr.O. §. 1176. 1177 und nach Maßgabe der durch die Rechtsübung festgestellten Grundsätze wegen Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen gerechtfertigt erscheine.

Eduard Brauer.

III.

Findet gegen eine Ladungsversagung die Nichtigkeitsbeschwerde statt und kann dieses Rechtsmittel beim Appellationsgericht eingeführt werden, wenn es an dem Dasein der Appellationssumme fehlt?

In Sachen Curta gegen Neukum wurde vom Hofgericht des Seekreises das Urtheil des Amtes D. besagend:

„Die erhobene Klage findet nicht statt“

als nichtig aufgehoben aus folgenden Gründen:

Gegen ein Ladung versagendes Urtheil hat Appellant eine Nichtigkeitsbeschwerde dahier eingereicht. Es ist daher vorerst zu prüfen, ob ein solches Rechtsmittel überhaupt und ob es durch die Partei selbst unmittelbar bei dem Gerichtshofe eingeführt werden kann.

Unsere Pr.O. führt zwar unter den Rechtsmitteln das der Nichtigkeitsbeschwerde nicht auf. Allein da unerkanntermaßen gerade da, wo früher in bestimmten außerordentlichen Fällen ohne Bedingung einer bestimmten Streitsumme die Nichtigkeitsklage zugelassen wurde, als Surrogat hiefür nach dem System der Pr.O. nunmehr die ordentliche Appellation gegeben ist (Pr.O. §. 1128); auch im vorliegenden Falle die Anzeige und Ausführung

des Rechtsmittels innerhalb der in Pr.O. §. 1184 vorgeschriebenen Fristen geschehen ist, und da endlich es auf den Namen, den man dem Rechtsmittel gibt, nicht ankommen kann, sondern es genügt, wenn die Geltendmachung eines solchen den prozessualischen Voraussetzungen im einzelnen Falle entspricht; so muß das rechtzeitig angemeldete und eingeführte Rechtsmittel im Sinne des Beschwerdeführers als dasjenige angesehen werden, welches gegen eine Ladungsversagung zulässig ist, daher als eine Appellation.

Es schreibt nun zwar Pr.O. §. 1185 No. 2 vor, daß die Verhandlung der Appellation, wenn es sich um eine Ladungsversagung handelt, und es an dem Dasein der Appellationssumme fehlt, welches hier Beides der Fall ist, vor dem Unterrichter statt finde. Ferner verordnet Pr.O. §. 1186, daß die Appellationsbeschwerden vor dem Unterrichter mündlich oder schriftlich aufgestellt werden. Allein in Erwägung, daß nach Pr.O. §. 1173 bei Appellationen gegen Ladungsversagung das Vorbringen von Neuheiten nicht statt findet, daher eine Mittheilung der Beschwerdeschrift an den Prozeßgegner oder gar Verhandlungen hierüber zu pflegen zwecklos wäre (vrgl. Annalen XX, S. 382 ff.), im vorliegenden Falle aber um somehr umgangen werden kann, als ja der Beschwerdeführer selbst nicht bittet, Ladung zu verfügen, sondern lediglich das unterrichterliche Ladung versagende Dekret aufgehoben wissen will, folglich dem Gegner es vor der Hand ganz gleichgiltig sein muß, ob jenes Dekret bestätigt oder nach dem Beschwerdebegehren erkannt wird, weil er vernünftigerweise nur eine Ladungsverfügung abzuwenden interessirt sein kann; — in Erwägung, daß also der Unterrichter, wenn bei ihm die Beschwerde überreicht worden wäre, dieselbe sofort anher hätte vorlegen müssen; aus diesen Gründen mußte es dem Beschwerdeführer auch gestattet sein, seine Beschwerdeschrift unmittelbar dem Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen.

In den Entscheidungsgründen ist sodann weiter ausgeführt, daß der Unterrichter eine Eingabe des Appellanten mit Unrecht als eine förmliche Klage angesehen und verworfen und über das Begehren des Beschwerdeführers (ultra petitum) erkannt, und dadurch eine Nichtigkeit begangen habe.

Haager.

IV.

Was ist unter Rechnungsirrthümern oder Rechnungsfehlern zu verstehen?

L.R.S. 2058. Pr.O. §. 1117.

I S. v. Waldkirch gegen Mesmer hat sich das Hofgericht des Seekreises in seinen Entscheidungsgründen folgend ausgesprochen:

Der Beklagte beschwert sich, weil er zur Zahlung von eingezogenen Güterkaufschillingen im Betrage von 370 fl. 22 kr. verurtheilt worden sei. Diese Verurtheilung gründet sich auf die vom Beklagten anerkannte Abrechnung vom 6. März 1851, wornach er die Summe von 3670 fl. 22 kr. schuldig zu sein anerkannt hat. Nachdem er hievon den Betrag von 3300 fl. durch Pfandbestellung dem Kläger genügend gedeckt hatte, verblieb noch die fragliche Summe von 370 fl. 22 kr. ungedeckt, welche daher eingeklagt wurde. Es ist zwar richtig, daß der Beklagte das erwähnte Anerkenntniß der Abrechnung und der Resultate derselben nur mit dem Beisatze „Irrthum vorbehalten" abgelegt hatte. Daß darunter gewöhnliche Rechnungsirrthümer zu verstehen seien, hat der Beklagte selbst oftmals in seiner Eingabe vom 20. Oktober 1852 erklärt; allein auch ohne ausdrückliche Erklärung versteht sich dieses von selbst, denn, wenn man darunter dasjenige beziehen wollte, was später der Anwalt des Beklagten darunter zu bringen versucht hat, nämlich die beliebige Infragestellung jedes einzelnen in der Rechnung vorkommenden Schuldpostens, so wäre das ganze Anerkenntniß mit einer solchen Clausel ein völlig werth- und wirkungsloses. Unter Rechnungsirrthümern oder Rechnungsfehlern, L.R.S 2058. Pr.O. §. 1117, darf aber nicht die irrige Aufnahme des Betrags eines Einnahme- oder Ausgabepostens verstanden werden, sondern darunter sind nur irrige Resultate bei der weiteren Behandlung dieser Posten als Entlastungs- oder Belastungssummen zu verstehen, z. B. wenn beim Zusammenrechnen sich ein Fehler ergeben hat, vrgl. Gönner Handbuch Bd. IV. § 17 Reinhard Handbuch Bd. II. S. 242 ff., Schmid Handbuch Bd. III. §. 190. Dergleichen Fehler oder Irrthümer in der betreffenden Rechnung hat aber der Beklagte nicht nachzuweisen versucht und sein Anerkenntniß rechtfertigt daher vollkommen seine Verurtheilung.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 32. Mannheim, 4. August 1855.

I.

1) Gegen die Verfügung, womit der Ort der Eidesleistung bestimmt wird, findet nicht das Rechtsmittel der Berufung, sondern jenes der Beschwerdeführung statt.

2) Der flüchtige Badner hat, selbst wenn er seines Staatsbürgerrechts für verlustig erklärt und an einem bekannten Ort im Auslande wohnhaft ist, keinen Anspruch darauf, den urtheilsmäßigen Eid statt bei dem urtheilenden Gerichte vor dem Richter seines Wohnsitzes leisten, beziehungsweise den Vorschuß der Reise- und Aufenthaltskosten verlangen zu dürfen;

(Annalen XXI. S. 142. 151.)

3) und eben so wenig kann ein solcher begehren, daß ihm die richterlichen Verfügungen auf dem Wege der Requisition zugestellt werden.

Versorgungsanstalt gegen Joseph Ries.

Der Ausgang des Rechtsstreits hing von der Ausschwörung eines dem Beklagten durch rechtskräftiges Urtheil auferlegten Eides ab.

Der Letztere befindet sich aber nicht innerhalb der Grenzen des Großherzogthums.

„Als Kanonier wurde er in die revolutionären Ereignisse des Jahres 1849 mit verflochten, wurde wegen seines Verhaltens zur Verantwortung gezogen und entwich aus Besorgniß vor der ihm drohenden Strafe nach Amerika.

Auf Antrag des Commandos der großh. Artillerie-Brigade wurde nun das im Gesetze vom 5. Oktober 1820 vorgeschriebene Verfahren gegen ihn eingeleitet, er der Desertion für schuldig erklärt, und vorbehaltlich seiner persönlichen Bestrafung in eine Geldstrafe von 1200 fl. verurtheilt.

Es wurde demgemäß auch von Seiten der Kläger bei dem großh. Oberamte Offenburg der Antrag gestellt, den Beklagten in Gemäßheit des §. 258 Abs. 3 der Pr.O. mittelst öffentlicher Bekanntmachung zur Eidesleistung vor dieses Gericht vorzuladen.

Allein durch Verfügung des großh. Oberamts Offenburg wurde dieser Antrag zurückgewiesen und den Klägern aufgegeben, die Summe von 300 fl. als Deckung der Reisekosten des Beklagten zu deponiren, wenn sie darauf bestehen, daß derselbe vor diesem Oberamte den ihm urtheilsmäßig auferlegten Eid auszuschwören habe.

Hiergegen führte der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation aus, und dessen Anwalt beschränkte sich nicht nur auf den Antrag, daß dem Beklagten gestattet werde, den Eid bei dem Gerichte seines Wohnsitzes Pittsburg in Nordamerika auszuschwören, sondern sah sich auch veranlaßt, ein gewiß auffallendes eventuelles Gesuch zu stellen, welches wörtlich folgendermaßen begründet wurde:

„Dabei muß aber auch in Betracht gezogen werden, daß eine solche Reise mit Lebensgefahr verbunden ist, wie sich dies im Verlaufe vorigen Jahres schon öfters ergeben hat. Der Gegentheil müßte sich daher auch zu einer Entschädigung der Familie verbindlich machen, welche durch diese Reise ihren Nährvater verlieren, brodlos und unglücklich werden könnte,"

und alsdann dahin formulirt wurde, daß das großh. Hofgericht gebeten wurde, schlimmstenfalls zu erkennen,

„daß der Gegentheil nicht nur einen Kostenvorschuß von 1000 fl. zu erlegen, sondern auch die Folgen eines Unglückes, wie solches sich immer

„auf der Reise ereignen mag, zu tragen, jedenfalls „aber die Kosten dieses Verfahrens zu ersetzen habe."

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises verwarf jedoch durch Verfügung vom 7. Juli l. J. dieß Rechtsmittel als unzulässig, wobei es aussprach:

In Erwägung, daß das ordentliche Rechtsmittel der Berufung nur gegen Urtheile, welche einen Streitgegenstand zuerkennen oder absprechen, sowie gegen solche dem Endurtheil vorausgegangene Zwischenurtheile statt findet (Pr.O. §. 1121. 1125); nicht aber in andern Fällen, wie der hier vorliegende, wo es sich nach rechtskräftigem Urtheil nur um eine Bestimmung über den Ort, an welchem der urtheilsmäßige Eid ausgeschworen werden soll, mithin nur um eine prozeßleitende Verfügung handelt, wogegen nur in einem hier nicht vorliegenden Ausnahmsfalle sofort ein Rechtsmittel statt findet, Pr.O. §. 352. 353 wird erkannt rc. rc.

Der klagende Theil aber bediente sich der Beschwerdeführung und erwirkte am gleichen Tage folgendes hofgerichtliche Erkenntniß:

In Erwägung, daß der urtheilsmäßige Eid beim urtheilenden Gericht zu leisten ist (Pr.O. §. 552) und der Beklagte, welcher aus dem Großherzogthum Baden flüchtig gegangen und als Deserteur von der inländischen Behörde ausgeschrieben ist, sich nicht in der Lage befindet, wegen erlaubter Ortsabwesenheit einen Vorschuß der Reise- und Aufenthaltskosten ausnahmsweise (Pr.O. §. 554) verlangen zu können, da er als auf flüchtigem Fuße befindlich einen gesetzlich anerkannten Aufenthaltsort nicht hat, wegen unerlaubter Abwesenheit vielmehr öffentlich vorzuladen ist, Pr.O. §. 258 Ziff. 3, was nach §. 264 nicht blos von der Ladung auf die Klage, sondern von allen spätern richterlichen Beschlüssen gilt;

In Erwägung, daß hieran auch der Umstand, daß der Beklagte inzwischen des hierländischen Staatsbürgerrechts für verlustig erklärt wurde, und sich eine Niederlassung in Amerika gründete, Nichts ändern kann, da eine öffentliche Vorladung unter derselben Voraussetzung des Flüchtigseins auch gegen im Inland flüchtige Ausländer selbst wenn ihr Aufenthaltsort bekannt ist, zu geschehen hat, Pr.O. §. 259;

In Erwägung, daß dieses Rechtsverhältniß in der hier vorliegenden Beziehung auch dadurch, daß der Flüchtige einen Bevollmächtigten bestellt hat, nicht zu seinen Gunsten aufgehoben werden konnte,

wird die von der Klägerin gegen die Verfügung des Oberamts Offenburg vom 24. Februar d. J. ausgeführte Beschwerde für begründet erklärt, und die gedachte amtliche Verfügung dahin abgeändert:

daß der Beklagte schuldig sei, den urtheilsmäßigen Eid vor dem großh. Oberamt Offenburg zu leisten und die Kosten dieser Beschwerdeführung zu tragen habe.

P.

II.

1) **Die in §. 3 des Gesetzes vom 21. April 1849 über die Ablösung der Erb- und Schupflehen enthaltene Bestimmung, daß die Lehenabgaben in Früchten und Wein nach den Zehntablösungspreisen zu Geld angeschlagen werden, findet auch dann Anwendung, wenn wegen der geringen Güte des Lehenguts stets nur ein weit niederer Preis für dessen Produkte erzielt wurde.**

2) **Bei der Berechnung des Ablösungskapitals für die Besitzveränderungsgebühren ist §. 6 des allegirten Gesetzes nicht anwendbar, mithin ist nach §. 7 desselben nur der zehnte Theil des Handlohns und die Hälfte der Fallgebühr als Ablösungskapital zu bezahlen.**

(Annalen XXII. No. 11 und 14.)

Kläger verlangte am 10. Mai 1849 die Ablösung seines Erblehens. Dieß ist nach dem Lehenbrief, den Angaben des Klägers und den für zugestanden erklärten Behauptungen des Beklagten

a) ein männliches Erblehen, bestehend aus acht Haufen Reben im Hungerberg, Gemarkung Oberkirch,

b) und hat folgende Lehenlasten:

1) Kostenfreie Ablieferung in den Grundherrlichen

Keller zu Gaisbach von einem Drittel des Weinerträgnisses.

2) Entrichtung der Fallgebühr mit 2 fl. 30 kr.,

3) und bei Veräußerung an Nichtberechtigte Entrichtung des 30. Pfennigs des Kaufpreises oder Gutswerths.

Nachdem der Gutswerth auf 400 fl. geschätzt und auch der durchschnittliche Ertrag der Drittelsabgabe ermittelt worden war, entstand zwischen beiden Theilen darüber Streit, wie der Preis des Weins normirt werden müsse.

Der Zehntablösungspreis besteht nämlich für die dortige Gemarkung in 17 fl. 24 kr. für die Ohm, der Kläger machte aber geltend, daß sein Lehengut von schlechter Qualität sei und er deßhalb weit geringere Preise erziele.

Als dieß auch bewiesen worden war, erhob der Unterrichter, daß bei Ermittlung des Zehntablösungspreises für die geringste Sorte Weins nur ein Preis von 12 fl. 2 kr. für die Ohm festgesetzt, und erst durch Berücksichtigung der höheren Preise der besseren Weine als Durchschnittspreis jene Summe von 17 fl. 24 kr. gefunden worden war, und legte sofort seiner Ablösungsberechnung jenen niedersten Preis von 12 fl. 2 kr. für die Ohm zu Grunde.

Außerdem hatte der beklagte Lehenherr verlangt, daß Fallgebühr und Handlohn im 18fachen Betrage der Hälfte beziehungsweise des Zehntheils abgelöst werde, während der Unterrichter nur die Hälfte der Fallgebühr und den zehnten Theil des Handlohns in Ansatz brachte.

Obwohl ungeachtet dieser Berechnungsart der Unterrichter noch auf eine dem Gutswerth nahe kommende Summe erkannte, führte doch der beklagte Lehensherr bezüglich jener beiden Punkte die Berufung aus, und erlangte unterm 6. Juli l. J. ein ihm wenigstens theilweise günstigeres Urtheil des großh. Hofgerichtes des Mittelrheinkreises, wodurch das Ablösungskapital um 126 fl. 41 kr. höher festgesetzt wurde, als der Werth des Lehenguts selbst geschätzt worden war. (In Sachen Weber gegen v. Schauenberg.)

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das Gesetz über die Ablösung der Erb- und Schupflehen vom 21. April 1849 (Reg.-Bl. No. XXV.) bestimmt in §. 3 lit. a, daß bezüglich des Lehenzinses der Anschlag an Geld geschieht bei den Abgaben in Wein nach den Zehntablösungspreisen. Somit ist für die Berechnung dieser Preise das Zehntablösungsgesetz maßgebend, und dessen §. 34 bezeichnet als Weinpreis den Herbstpreis des Orts, welcher für die Gewann „Hungerberg," worin die hier in Frage stehenden Lehengüter liegen, in 17 fl. 24 kr. für die Ohm unbestrittener Maßen besteht. Demnach durfte auch nicht wegen der allerdings bewiesenen geringen Qualität der Lehenerben ein niederer Preis (12 fl 2 kr.) der Berechnung zu Grunde gelegt werden, denn jene Gesetzesstellen lauten allgemein und gestatten mithin kein Abweichen von ihrer Vorschrift, mögen auch die Verhältnisse des einzelnen Falls noch so sehr dafür sprechen. Dabei darf man übrigens auch nicht außer Acht lassen, daß die Ablösungsgesetze ihrer Natur nach Durchschnittsbestimmungen geben müssen, welche eine Ausgleichung widerstrebender Interessen bezwecken, und eben, weil sie für die verschiedensten Fälle berechnet sind, nicht jeden Einzelnen berücksichtigen können, vielmehr, indem sie sich nach dem Allgemeinen richten; hier verletzen, dort begünstigen, im Allgemeinen aber billig sind.

In dieser Beziehung muß daher dem Begehren des Appellanten entsprochen und das Ablösungskapital in der Weise höher festgesetzt werden, wie es unter Zugrundlegung des Preises von 17 fl. 24 kr. für die Ohm von dem Sachverständigen berechnet worden ist.

Mit Unrecht dagegen verlangt der Appellant eine weitere Erhöhung des Ablösungskapitals bezüglich der Besitzveränderungsgebühren, denn nach §. 7 des Gesetzes sind diese mit Recht nur mit der Hälfte der Fallgebühr und mit dem Zehntel des Handlohns angesetzt worden.

Ist eine so geringe Art der Ablösung auch allerdings sehr auffallend, so darf man sich doch dadurch nicht bewegen lassen, die Bestimmung des vorhergehenden §. 6 herüberzuziehen, da dieser Letztere von einer jährlichen, der §. 7 aber von einer nur selten und zu ganz unbestimmter Zeit wiederkehrenden Abgabe handelt, und da eine andere Absicht des Gesetzgebers keineswegs mit Sicherheit sich ermitteln läßt, vielmehr die Vergleichung der landesherrlichen Verordnung vom 11. Mai 1826 No. 1. 7. (Reg.-Bl. No. 15) entschieden zur wörtlichen Anwendung des §. 7 des Gesetzes vom 21. April 1849 hinführt.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß §. 167. 170. Pr.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

Dr. Puchelt.

III.

Wenn ein Gläubiger in der Gant auf seinen Vorrang zu Gunsten mehrerer ihm nachstehender Gläubiger verzichtet, so kommt denselben dieser Verzicht in der Rangordnung ihrer Forderungen zu gut, mithin schließt der allgemeine Pfandgläubiger den Chirographargläubiger von dessen Benützung aus.

In der Gant des Friedrich Huber von Achern liquidirte Imhof-Forkart 8000 fl. Darleihen nebst 5 pCt. Zins vom 31. Januar 1852 und begehrte vertragsmäßiges Unterpfandsrecht vom 4. Oktober 1844 sowie Vorrang vor der Ehefrau des Gantmanns kraft Verzichts- und Sammtverbindlichkeit derselben.

Ein anderer Gläubiger, Oberamtmann Bach, liquidirte 2500 fl. nebst rückständigem und laufendem Zins mit richterlichem Unterpfandsrechte auf alle Masseliegenschaften. Sofort wird gesagt: „Ich bemerke, daß die „Ehefrau des Gantmanns sich bezüglich der liquidirten „Schuld sammtverbindlich gemacht hat."

Die Ehefrau des Gantmanns endlich erhob den Absonderungsanspruch auf eine Liegenschaft, und den Ersatzanspruch für verliegenschaftete Fahrniß und veräußerte Liegenschaften mit 7042 fl. 50 kr. nebst gesetzlichem Pfandrecht, und sprach dabei einen ausdrücklichen Verzicht aus auf ihr Vorzugsrecht gegenüber den Gläubigern Bach und Imhof Forkart.

Das amtliche Urtheil, soweit dagegen appellirt wurde, hat folgenden Inhalt:

1) Liquidant Imhof Forkart erhält für 8000 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 31. Januar 1852 erstes auch der Ehefrau vorgehendes Pfandrecht aber nur auf die ihm speziell verpfändeten Liegenschaften aus denen nur 8000 fl. gelöst wurden.
2) Die Ehefrau des Gantmanns absorbirt mit ihrer Beibringensrückforderung den Erlös der an Imhof Forkart nicht verpfändeten Liegenschaften mit 1250 fl.
3) Oberamtmann Bach erhält für seine Forderung von 2500 fl. nebst Zins den Vorrang vor des Gantmanns Ehefrau auf jene 1250 fl., schließt also den Imhof Forkart davon aus, welcher kraft der Sammtschuld der cridarischen Ehefrau und als Gläubiger fünfter Ordnung darauf greifen könnte.

In zweiter Instanz verlangte Imhof-Forkart in seiner gegen Oberamtmann Bach ausgeführten Appellation für seine Forderung von 8000 fl. nebst 5 pCt. vom 31. Jänner 1852 Vorrang auf die obigen 1250 fl., soweit er durch den Erlös seiner speciellen Unterpfänder mit 8000 fl. nicht gedeckt ist, weil

1) die cridarische Ehefrau zu seinen Gunsten auf ihr Vorzugsrecht in der Pfandurkunde verzichtet habe, und ihm daher der Vorrang vor Oberamtmann Bach gebühre;
2) weil dem Gläubiger Bach der Vorrang vor der cridarischen Ehefrau nicht gebühre, indem er nicht darum gebeten habe, und weil ein Verzicht derselben mangle.
3) Weil wegen der Sammtverbindlichkeit der cridarischen Ehefrau und wegen ihres Verzichts in der Liquidationsklage dem älteren Gläubiger Imhof-Forkart der Vorrang vor Bach oder wenigstens das Recht auf proportionelle Befriedigung gebühre.

Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises bestätigte jedoch dieß Urtheil am 11. Mai l. J. aus folgenden Entscheidungsgründen:

Wollte man auch annehmen, daß die Bemerkung am Schlusse der Anmeldung des Appellaten Bach als ein Gesuch um den Vorrang vor der Ehefrau des Gantmanns, nicht angesehen werden dürfe, so hat der Appellant, wie sich aus dem Gesuche seiner Anmeldung ergibt, den Vorrang vor der Ehefrau des Ganntmanns nur hinsichtlich seiner vertragsmäßigen Unterpfänder, also nicht bezüglich der hier in Frage stehenden Liegenschaften, von welchen der Erlös mit 1250 fl. herrührt, in Anspruch genommen, so daß in Betreff dieser Liegenschaften dem Appellanten und dem Appellaten gleichmäßig der Mangel eines Gesuchs um Vorrang vor der Ehefrau des Gantmanns entgegenstünde.

Doch wird bei Beiden dieser Mangel dadurch ersetzt, daß die cridarische Ehefrau in ihrer Anmeldung ausdrücklich zu Gunsten der Liquidanten Bach und Imhof Forkart auf ihr Vorzugsrecht verzichtete und ihnen den Vorrang einräumte.

Wäre dieß eine Rechtsübertragung, so könnte man bei dem Mangel der früheren Besitzergreifung von einer Seite (L.R.S. 1141. 1690) die Nothwendigkeit der gleichen oder verhältnißmäßigen Befriedigung beider

Theile behaupten, allein es liegt ein Verzicht vor, und um die Wirkung eines solchen für zwei concurrirende Gläubiger zu ermessen, ist die Stellung entscheidend, welche sie kraft eigenen Rechts einnehmen, denn es gestaltet sich die Sache dadurch so, daß die Gläubiger immer noch ihre eigene Rechte geltend machen, und durch den Verzicht zu ihren Gunsten nur ein Hinderniß ihnen gegenüber weggeräumt ist, welches ihrer Befriedigung sonst im Wege gestanden wäre. Nun ist der Appellant Imhof-Forkart, da auch der Verzicht der cridarischen Ehefrau in seiner Pfandurkunde sich unzweifelhaft lediglich auf seine Unterpfänder bezieht, hinsichtlich der hier in Frage stehenden Liegenschaft nur ein unbevorzugter Gläubiger, kann also erst in der fünften Ordnung auf Grund des neuerlichen Verzichts auf den Erlös jener Liegenschaften greifen, während der Appellat Bach kraft seines allgemeinen richterlichen Pfandrechts vor jenen schon in der dritten Ordnung (oder auch in der vierten Ordnung) in den Bezug des durch den Verzicht frei gewordenen Erlöses eintritt, denselben wegen des weit größeren Betrags seiner Forderung gänzlich absorbirt, mithin den Appellanten ganz davon ausschließt. (Stempf, Gantrecht II. Auflage S. 267. 168. Bekk's dingliche Rechte S. 123.)

Demnach ist der Appellant durch den unterrichterlichen Ordnungsbescheid nicht beschwert, weßhalb und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 168, wie geschehen, erkannt wurde.

Dr. Puchelt.

IV.

1) **Die Verkündung eines Urtheils vor dessen ordnungsgemäßen Existenz ist unwirksam.**

2) **Die Nichtbeiziehung des der gesetzlichen Vormundschaft entsetzten, jedoch nutznießungsberechtigten Vaters zur Theilung eines Nachlasses, an welchem seine Kinder als Miterben participiren, bewirkt keine Ungültigkeit der Erbtheilung.**

Das Amt hatte in Sachen Huth, jetzt dessen Erben gegen Rauch durch Erkenntniß vom 17. Jänner ausgesprochen, daß der dem früheren Kläger, Kaufmann Huth, auferlegte urtheilsmäßige Eid nach Maßgabe von Pr.O. §. 562 für geleistet anzunehmen, und demgemäß das betreffende Urtheil zu purifiziren sei. Gegen dieß im Uebrigen unzweifelhaft richtige Erkenntniß führte der Beklagte die Berufung deßhalb aus, weil nach seiner Ansicht die klägerischen Erben nicht legitimirt seien. Dieselben sind nemlich dessen minderjährige Söhne, und der Beklagte ist zwar durch die Verwaltungsbehörde seiner gesetzlichen Vormundschaft über dieselben entsetzt worden, hat aber dennoch das elterliche Nutznießungsrecht an deren Vermögen. Dessenungeachtet wurde er zur Huth'schen Erbtheilung, in welcher den klägerischen Erben die im Streit befangene Forderung an den Beklagten, ihren Vater, zugeschieden worden ist, nicht zugezogen, und behauptete deßhalb, daß diese Erbtheilung ihm gegenüber ungiltig, mithin seine Söhne nicht zur Sache legitimirt seien. Da der Beklagte, um die Rechtzeitigkeit seiner Berufung darzuthun, behauptete, daß ihm das angefochtene Erkenntniß in Wahrheit noch gar nicht verkündet sei, und dieß durch verschiedene Nebenumstände glaubhaft machte, erhob man Bericht des Amts, worauf dieses erklärte, „daß in der Verhandlungstagfahrt dem Beklagten jenes „Erkenntniß nebst Gründen verkündet worden sei, und „zwar nach einem Concepte, welches der Beamte während „des Niederschreibens des Protokolls entworfen und einige „Stunden später, weil damals noch andere dringende „Geschäfte zu erledigen waren, zu den Akten diktirt habe, „wie dieß auch bei den Gerichtshöfen üblich sei.“ Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises hielt zwar die Berufung für zulässig, bestätigte aber das amtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 17. August l. J.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Da sich aus dem Berichte des großh. Oberamts vom 25. Juli l. J. No. 20,163 ergibt, daß die Beurkundung im Protokolle vom 17. Jänner l. J. über die dem beklagten Appellanten geschehene Verkündung des angefochtenen Vereinigungsbescheids nicht rechtsbeständig ist, weil die Verkündung erfolgte, ehe dieser Bescheid in seiner jetzigen Gestalt einen Theil der unterrichterlichen Verhandlungen bildete, und ehe derselbe nach Maßgabe von Pr.O. §. 338 als wirklich erlassen erachtet werden konnte, so muß das Rechtsmittel als rechtzeitig angemeldet und ausgeführt angesehen werden. Das fragliche Erkenntniß fällt nicht unter §. 561, sondern unter §. 562 Pr.O. mithin kann die Zulässigkeit der Berufung nicht bezweifelt werden, Pr.O. §. 1125.

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Theilung behaupten einmal ohne allen Grund deren Unförmlichkeit und beruhen zum Anderen darauf, daß er wegen seiner Nutznießungsansprüche an dem Vermögen seiner Söhne Theodor und Otto hätte zur Erbtheilung zugezogen werden müssen.

Letzteres verdient jedoch keine Berücksichtigung, denn die Theilung berührt an und für sich diese Nutznießungsrechte nicht und enthält in der That darüber auch keine Bestimmung. Der Beklagte hat als Nutznießer nicht mehr Rechte als jeder Gläubiger eines Miterben, und mußte daher zufolge L.R.S. 882 durch rechtzeitige Einsprache dafür sorgen, daß er zu der Theilung beigerufen werde, und dieß gethan zu haben, hat derselbe nicht behauptet, noch ist es aus den Erbtheilungsakten zu entnehmen.

Dr. Buchelt.

V.

Die gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls ist auch nach Ablauf der in §. 200. 201 St.G.B. festgesetzten Verjährungsfrist bei nochmaliger Begehung eines Diebstahls der Art in Anschlag zu bringen, daß der spätere Diebstahl, selbst wenn er kein erschwerter ist und der Werth des Entwendeten einen Gulden nicht übersteigt, dennoch als gerichtlich strafbarer Diebstahl und nicht mehr als Polizeifrevel erscheint.

§. 477 St.G.B.

Xaver Knörle wurde

1) durch standrechtliches Urtheil vom 5. Juni 1829 wegen Theilnahme an einem gefährlichen Diebstahl mit Einbruch und wegen zweiten großen Diebstahls zur Zuchthausstrafe und sodann
2) durch gerichtliches Urtheil des Amtes St. v. 23. März v. J. wegen eines nicht erschwerten Diebstahls im Werthe von 30 kr. zur Amtsgefängnißstrafe verurtheilt.

Nach Verkündung dieses letzten Urtheils machte sich Knörle eines weiteren Diebstahles schuldig und dieser Diebstahl wurde von dem Hofgericht des Seekreises als erster Rückfall in den Diebstahl angesehen und bestraft, weil hinsichtlich des am 5. Juni 1829 abgeurtheilten Falles die Verjährung eingetreten war, das deßfallsige Urtheil aber als ein gerichtliches erscheint und der §. 477 nur eine vorausgegangene gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls verlangt, um einen späteren an sich polizeilich strafbaren Diebstahl zu einem gerichtlich strafbaren zu machen.

Knörle ergriff gegen das hofgerichtliche Urtheil den Rekurs und verlangte gänzliche Freisprechung. In der Rekursvernehmlassung erklärte die Staatsbehörde:

Der am 5. Juni 1829 abgeurtheilte Fall darf allerdings nach der Bestimmung in §. 200 St.G.B. bei Berechnung des Rückfalls nicht mehr in Anschlag gebracht werden, weil vom J. 1829 bis zum Tag der Einleitung der Untersuchung wegen des am 23. März v. J. abgeurtheilten Diebstahls mehr als 10 Jahre umflossen waren. Allein damit ist nicht gesagt, daß jenes frühere Urtheil in keiner Beziehung mehr in Betracht gezogen werden dürfe, namentlich in Beziehung auf die Frage, ob die spätere Uebertretung als ein gerichtlich strafbares Verbrechen anzusehen sei oder nicht. Das Gesetz hat dieses nirgends bestimmt, vielmehr in §. 477 vorgeschrieben, daß die erste und zweite gemeine, nicht unter erschwerenden Umständen verübte Entwendung, wenn der Werth des Gegenstands einen Gulden nicht übersteigt, nur als Polizeifrevel bestraft wird, insofern nicht schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls vorausgegangen ist. Es verlangt also das Gesetz, um einen nicht erschwerten Diebstahl von so geringem Werth zu einem gerichtlich strafbaren zu machen, mehr nicht als eine vorausgegangene gerichtliche Bestrafung. Und es bestimmt das Gesetz in dieser Beziehung nirgends, daß hinsichtlich des früheren Urtheils die Verjährungszeit nicht abgelaufen sein dürfe. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß im Falle die erste Entwendung gerichtlich bestraft wurde und auch nach der jetzigen Gesetzgebung gerichtlich zu bestrafen gewesen wäre, dieses Urtheil selbst nach Umlauf der Verjährungszeit bei Verübung eines späteren Diebstahls der Art in Betracht zu ziehen ist, daß der spätere Diebstahl, auch wenn er kein erschwerter ist und der Werth des Entwendeten einen Gulden nicht übersteigt, als gerichtlich strafbarer Diebstahl und nicht mehr als Polizeifrevel erscheint und eben deßhalb die deßfallsige gerichtliche Bestrafung bei der Rückfallsberechnung in Anschlag zu bringen ist. §. 184 St.G.B. Mit Recht hat daher das Amt St. am 23. März v. J. ein gerichtliches Strafur-

theil erlassen und das Hofgericht den jetzt abgeurtheilten Fall als ersten Rückfall angesehen.

Von großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Urtheil bestätigt. In den Entscheidungsgründen ist sich jedoch über gegenwärtige Frage nicht näher ausgesprochen.

Haager.

VI.

Zuständigkeit der Gerichte bei Auflösung von Verpfründungsverträgen.

§. 23 der landesherrlichen Verordnung vom 15. Septbr. 1807 L.R.S. 1983 i.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 12. September d. J., In Sachen Rohrmann gegen Rohrmann.

Nach §. XVIII. des ersten Einführungsedikts bleiben jene Partikulargesetze, deren Verfügung im Wesentlichen in das Landrecht übertragen ist in bürgerlicher und polizeilicher Hinsicht in Kraft, wo sie nicht buchstäblich abgeändert sind.

Während nun die landesherrliche Verordnung vom 15. September 1807 über Verpfründungen im §. 23 bestimmt, daß Pfründverträge wegen Widrigkeiten zwischen dem Pfründgeber und Nehmer, aus welchen öffentliche Unannehmlichkeiten hervorgehen, nach fruchtlosen Beilegungsversuchen auf gütlichem Weg von der Unterpolizeibehörde vorbehaltlich des Rekurses an die Oberpolizeibehörde für aufgelöst erklärt werden können, verordnet das Landrecht, in welches die Verordnung vom Jahr 1807 im Wesentlichen überging, daß jeder Verpfründungsvertrag nach vergeblichen Vereinigungsversuchen wegen Unverträglichkeit des Pfründgebers und Nehmers auf Begehren eines oder des andern Theils nach Vernehmen des Kronanwalts aufgehoben werden könne. Durch diese landrechtliche Bestimmung wird das Recht der Vertragspersonen Auflösung zu begehren wesentlich erweitert, indem hiernach der Auflösungsgrund nicht nur in Zerwürfnissen der oben bezeichneten Art, sondern in der Unverträglichkeit eines oder des andern Theils überhaupt, wenn solche auch nicht zu öffentlichen Unannehmlichkeiten führen, gefunden werden soll. Liegt nun schon hierin eine Abänderung des §. 23 der landesherrlichen Verordnung vom 15. September 1807 und ist deßhalb die Zuständigkeit der Polizeibehörden, welche zum Theil auf Gründen des öffentlichen Rechts beruhte, als beseitigt anzusehen, so spricht auch die weitere Bestimmung des L.R.S. 1983 i, daß der begehrten Auflösung die Vernehmung des Kronanwalts vorhergehen soll, dafür, daß das Landrecht die Zuständigkeit der Verhandlung und Entscheidung über die Auflösung von Verpfründungsverträgen den Polizeibehörden entzogen und auf die Gerichte übertragen wissen wollte, denn die Einrichtung der Kronanwaltschaft ist nach (französischem und) badischem Recht ein reines Rechtsinstitut, die Functionen des Kronanwalts sind nur gerichtlicher Natur, so daß, wenn auch die Bestellung der Kronanwälte in Baden alsbald wieder suspendirt wurde, doch aus der vorgeschriebenen Mitwirkung derselben bei den fraglichen Vertragsauflösungen die Absicht des Gesetzes hervorgeht, daß die Aufhebung von Verpfründungs-Verträgen wegen Unverträglichkeit als Rechts- und nicht als Polizeisache behandelt werden soll.

Ueberhaupt sind nach der Aufnahme des älteren Verpfründungsgesetzes in das Landrecht und durch dessen Stellung in demselben alle Streitigkeiten über Rechte und Verbindlichkeiten aus Verpfründungsverträgen als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusehen und unterliegen solche schon darum, weil alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (sofern sich die Parteien nicht über Schiedsrichter vereinigen) von den zuständigen bürgerlichen Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden sind (§. 1. 3 Pr.O.) der gerichtlichen Competenz ꝛc. ꝛc.

VII.

Urkundenfälschung.

Ist ein ortsgerichtliches Zeugniß, wodurch die Zusage eines Darlehens gegen Unterpfand erst erlangt werden soll, als öffentliche Urkunde zu betrachten?

(Annalen XIV. 233 ff.)

Conrad Intlekofer hatte ein solches Zeugniß, wornach er mehrere Liegenschaften von dem und dem Werth

besitzt, nicht nur gefertigt, sondern auch bestimmten Personen vorgezeigt, um sich damit Credit zu machen und die Zusage eines Capitals zu verschaffen. Es wurde jedoch die Unächtheit dieses Zeugnisses erkannt und Intlekofer wegen Fälschung einer öffentlichen Urkunde zur Untersuchung gezogen, in welcher er, um das fragliche Zeugniß als eine Privaturkunde darzustellen, geltend machte, daß Pfandbuchsauszüge nach bestehender Vorschrift auf Impressen geschrieben und gewöhnlich mit dem Ortssiegel versehen würden; dieß sei aber in dem vorliegenden Falle nicht geschehen. Zudem seien die in dem Zeugnisse unterzeichneten Personen zur Zeit der Ausstellung nicht Mitglieder des Pfandgerichts gewesen.

Auf Vorlage der Akten hat die Anklagekammer am großh. Hofgericht des Oberrheinkreises gegen den Antrag der Staatsbehörde durch Erkenntniß vom 24. Juli d. J. ausgesprochen:

> Daß wegen Mangels des Thatbestandes einer öffentlichen Urkunde nach §. 35 Abs. 2 des Einf.-Ges. die Sache von großh. Hofgerichte zu erledigen sei.

Dagegen bediente sich die großh. Staatsbehörde des ihr durch §. 82 des Einf.-Ges. gestatteten Rechtsmittels der Beschwerdeführung an den höchsten Gerichtshof und erwirkte eine abändernde Entscheidung, wodurch die Sache an das Schwurgericht verwiesen wurde; weil die gedachte Urkunde nach L.R.S. 1317 als eine öffentliche erscheine, die in gewinnsüchtiger Absicht gefertigt und gebraucht worden sei.

Nach §. 41 No. 22 des Einf.-Ges. gehört nemlich die Fälschung öffentlicher Urkunden aus Gewinnsucht in den Fällen der §§. 423. 424 des St.G.B. vor das Schwurgericht.

VIII.

Zu dem Aufsatze in No. 29 S. 232, die Wahrscheinlichkeitsgrade der §. 212. 213. des St.G.B. und die Fragestellung betreffend.

Die hier entwickelte Ansicht ist bei dem Mannheimer Schwurgericht längst als die richtige anerkannt worden. Dieß ergibt sich aus der in Annalen Jahrg. XXI. No. 46 S. 365. 366 gegebenen Ausführung, welche mit der ersteren in beiden Richtungen völlig übereintrifft und auf die in den oberhofg. Jahrbüchern Jahrg. XIII. ausgesprochene Meinung ebenfalls Bezug nimmt.

Br.

IX.

Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung.

Wie sind die Fristen des L.R.S. 285 zu berechnen?

Annalen XXII. 233.

Das großh. Oberhofgericht hat in seiner Plenarsitzung vom 23. Mai l. J. mit Stimmenmehrheit angenommen:

> daß die Berechnung der Monate des L.R.S. 285 in gleicher Weise statt finden muß, wie der L.R.S. 286 das ganze Jahr berechnet, d. h. daß der Anfangstermin die erste Erklärung ist, und von dieser an bis zum gleichen Tage des nächsten Monats, also z. B. vom 2. März bis zum 2. April, der erste Monat und so fort gerechnet wird.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 33. Mannheim, 11. August 1855.

I.

1) Die Testamentsanfechtung von Seiten solcher Erben, die auch nach Beseitigung des letzten Willens keinen Anspruch auf den Nachlaß haben, ist unzulässig.

2) Fall einer verbotenen Aftererbeinsetzung.

Durch gleichlautende Urtheile aller drei Instanzen in Sachen Jockers gegen Hemmler vom 12. Dezember 1853, 26. Oktober 1854 und 6. September 1855 wurden die Kläger mit ihrer Klage auf Nichtigerklärung eines Testaments abgewiesen. Die nachstehenden Entscheidungsgründe enthalten alles Wesentliche.

Entscheidungsgründe

zu dem Urtheile des gr. Hofgerichts des Mittelrheinkreises.

Pflugwirth Jakob Hemmler von Neumühl hat nach dem Anerkenntnisse der Parthieen zwei letztwillige Verfügungen hinterlassen, und zwar ein geheimes Testament vom 8. März 1838 und ein in öffentlicher Form errichtetes Testament vom 3. August 1851, in welch letzterem ausdrücklich die früheren testamentarischen Anordnungen ihrem ganzen Inhalte nach widerrufen worden sind.

Die Kläger fechten nun nur diesen letzten Akt an, indem sie behaupten, daß derselbe nicht in Gegenwart der unterschriebenen Zeugen gefertigt, der letzte Wille nicht in Gegenwart dieser Zeugen von Jakob Hemmler vorgesprochen und das Niedergeschriebene nicht in deren Gegenwart vorgelesen worden sei, und stützen ihre Berechtigung zur Anfechtung dieses verfälschten Testaments auf ihre Eigenschaft als Intestat-Erben sowie auf den Umstand, daß sie in dem ältern geheimen letzten Willen mit bedeutenden Vermächtnissen bedacht worden sind.

Von Seiten der Beklagten wurde die Richtigkeit dieser Anfechtungsgründe nicht anerkannt, und, da unter Anführung des geheimen Testaments vom 8. März 1838, aber ohne Anfechtung desselben der Klagantrag nur auf eine Theilung des Nachlasses ohne Beziehung auf den als verfälscht bezeichneten öffentlichen Willen gerichtet ist, so wurde von den Beklagten vor Allem geltend gemacht, daß auch das geheime Testament die Beklagte zum Erben einsetze, und soweit es eine verbotene Aftererbeinsetzung zu Gunsten der Kläger enthalte, ungültig wäre, die Kläger also auch bei einem obsiegenden Erkenntnisse hinsichtlich des spätern öffentlichen Testaments gleichwohl keinen Anspruch auf den Nachlaß des Jakob Hemmler erheben könnten, sie somit zur bloßen Anfechtung des spätern öffentlichen Testaments gar nicht legitimirt seien.

Das geheime Testament müßte auch in der That bei der Ungültigkeit des öffentlichen letzten Willens, in welchem die Beklagte als Erbin der ganzen Verlassenschaft mit Ausschluß aller Verwandten eingesetzt worden ist, der künftigen Erbtheilung zur Grundlage dienen, indem die Rechtsbeständigkeit des Widerrufs eines frühern Testaments durch die formelle Gültigkeit des spätern den Widerruf enthaltenden letzten Willens bedingt ist, der Widerruf also keine rechtliche Wirkungen hervorbringen kann, wenn wie hier von den Klägern selbst behauptet wird, das öffentliche Testament verfälscht ist, somit in rechtlicher Beziehung als gar nicht errichtet oder als nicht vorhanden betrachtet werden muß. L.R.S. 1035 und 1037.

Prüft man nun, ob das geheime Testament, welches die Beklagte zur Erbin einsetzt, hinsichtlich der von den Klägern bezeichneten Vermächtnisse an dieselben eine verbotene und darum als ungeschrieben geltende Aftererbeinsetzung enthalte, so gelangt man allerdings zu einem für die Kläger nachtheiligen Ergebnisse. Das geheime Testament verfügt nämlich:

§. 1. Meiner Ehefrau — der jetzigen Beklagten —

vermache ich mein ganzes Vermögen zu Eigenthum.

§. 2. Nach ihrem Ableben erhalten solches eigenthümlich:

a) die sämmtlichen Kinder der Schwester Katharina Hemmler mit 2400 fl.,

b) Barbara Lapp erhält zu Eigenthum einen Morgen Wiesen,

c) den Rest meines Vermögens erhalten die sämmtlichen Kinder des Jakob Köbel 4., des Georg Geyer und des Jakob Köbel 3., nach 3 Stämmen theilbar."

Diese letztwillige Verfügung bestimmt nun sowohl nach ihrem Wortlaute als nach der unverkennbaren Absicht des Testators, daß nach dessen Ableben seine Ehefrau — die jetzige Beklagte — in das alleinige und volle Eigenthum seines Nachlasses treten und in solchem selbst bis zu ihrem Tode bleiben solle, sowie, daß erst und zwar der ganze Nachlaß nach dem Absterben der Beklagten unversehrt zu den bezeichneten Beträgen von den genannten Verwandten des Testators eigenthümlich erworben werden und ihnen zufallen solle.

Das Testament hat somit auf den Todesfall des Jakob Hemmler den genannten Verwandten keine Eigenthumsrechte an seinem Nachlasse zugewendet, solche vielmehr in ihrem vollen Umfange seiner Ehefrau übertragen, ihr jedoch die Verbindlichkeit auferlegt, diesen Nachlaß ihren Verwandten aufzubewahren, damit diese durch sie nach ihrem Ableben zu den bezeichneten Antheilen erst das Eigenthum erwerben können.

Diese Verfügung enthält nun aber eine verbotene Astererbeinsetzung. L.R.S. 896. (Brauer Erläuterungen II. Band Seite 315—319), welche für die mit der künftigen Auslieferung der ganzen Verlassenschaft beschwerte Beklagte unverbindlich ist, und deren Unverbindlichkeit für sie auch sogleich eingetreten ist.

Werden hiernach die Kläger selbst bei der Richtigkeit des öffentlichen Testaments durch das von ihnen anerkannte und in keiner Weise angefochtene geheime Testament dennoch von der Erbschaft des Jakob Hemmler ausgeschlossen, und erscheint die Beklagte nach dem einen wie nach dem andern Testamente immer als die alleinige und unumschränkte Rechtsnachfolgerin in den gesammten Nachlaß desselben, so können sie auch beim Mangel jeglichen Interesses an der Rechtsbeständigkeit oder Nichtigkeit des öffentlichen letzten Willens zur Anfechtung desselben nicht befugt erscheinen und müssen sie deßhalb mit der erhobenen Klage abgewiesen werden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Kläger verlangen, daß das von dem verstorbenen Ehemann der Beklagten am 3. August 1851 errichtete öffentliche Testament als falsch und nichtig erklärt und sein Nachlaß ohne Rücksicht auf dieses Testament getheilt werde. Sie berufen sich darauf, daß sie die nächsten gesetzlichen Erben des Verstorbenen sind, und daß derselbe sie in einem schon am 8. März 1838 errichteten geheimen letzten Willen mit bedeutenden Vermächtnissen bedacht hat.

Die Kläger können jedoch nur entweder auf den Grund dieses geheimen letzten Willens oder kraft ihres Intestaterbrechts klagen, sie können aber nicht beide Klaggründe, von welchen der eine den andern ausschließt, verbinden.

Da sie übrigens nicht Vorbehalts- oder Pflichterben sind, so könnten sie ihr gesetzliches Erbrecht nur dann geltend machen, wenn auch der vorliegende geheime letzte Wille beseitigt sein würde.

Dies ist jedoch nicht die Intention der Kläger, sie stützen vielmehr, sowohl in der Klage, als auch in der Replik ihre Ansprüche vorzugsweise auf den letzten Willen vom 8. März 1838, weßhalb ihre Erklärung, daß nach Beseitigung des Testaments vom 3. August 1851 ihnen immerhin freistehe, auch jenes vom 8. März 1838 anzufechten, ohne alle rechtliche Bedeutung ist.

Die in dem letzteren zu ihren Gunsten getroffene Verfügung ist aber wirkungslos, weil sie eine verbotene Astererbeinsetzung enthält.

Es ist nämlich der Beklagten das ganze Vermögen ihres Mannes zu Eigenthum verschrieben, mit der weitern Disposition, daß nach ihrem Ableben die Kläger nach den in dem letzten Willen näher bestimmten Antheilen, dasselbe zu Eigenthum erhalten sollen.

Ist nun auch der Beklagten nicht mit ausdrücklichen Worten die Auflage gemacht, den Substituirten das Vermögen aufzubewahren und zurückzuliefern, so liegt dies dennoch in dem Sinne des letzten Willens.

Dafür spricht insbesondere die Verfügung, daß die Kinder der mit Johann Fuchs geehelichten Schwester des Erblassers, sodann die 5 Jahre alte Tochter des Andreas Lapp bestimmte Vermögenstheile schul-

denfrei, und daß die sämmtlichen Kinder der dort weiter genannten Personen den Rest seines (des Erblassers) Vermögens erhalten sollen.

Es kann also nicht unterstellt werden, daß der Erblasser den Klägern nur dasjenige zuwenden wollte, was seine als Universalerbin eingesetzte Ehefrau etwa erübrigen sollte.

Ebensowenig ist die Deutung zulässig, daß er seiner Wittwe blos die Nutznießung, den Substituirten aber das Eigenthum seines Nachlasses vermachen wollte; denn dieser Auslegung widerstreitet der klare Wortlaut des Testaments.

Würde nun auch der öffentliche letzte Wille vom 3. August 1853 annullirt werden, so liegt der soeben besprochene letzte Wille in Mitte, welchen die Kläger zwar geltend machen, aus dem sie aber einen Vortheil nicht erlangen können. Da mithin in dem angefochtenen Testamente nicht der Grund einer Rechtsverletzung für sie liegt, so haben sie auch kein rechtliches Interesse, dasselbe aus dem Wege zu räumen.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil zu bestätigen und die Kläger, Oberappellanten mußten zufolge ihres Unterliegens nach §. 168 der Pr.O. auch in die Kosten dieses Rechtszuges verfällt werden.

P. T.

II.

1) Die Unterlassung der Kapitalsteuererklärung bildet nicht schon an und für sich eine strafbare Kapitalsteuerdefraudation, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Steuerpflichtige vorher zweimal in der vorgeschriebenen Weise gemahnt worden ist.

2) Dieß gilt selbst in dem Falle, wenn eine Kapitalsteuererklärung eingereicht, und darin ein Theil des steuerpflichtigen Vermögens nicht angegeben worden ist.

Gegen die, dem ersten Grundsatze huldigende Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts, welche wir Annalen XXI. S. 408 und 409 mittheilten, wurde in einem Aufsatze in Annalen XXII. S. 76 und 77 unter Berufung auf ein Erkenntniß des unterrheinischen Hofgerichts die strengere Ansicht verfochten, daß die gänzliche oder theilweise Unterlassung der Kapitalsteueranmeldung auch ohne vorgängige Mahnung von Seiten des Schatzungsraths strafbar sei. Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises ist aber dessen ungeachtet seiner früheren milderen Meinung nicht nur treu geblieben, sondern hat derselben sogar noch die weitere, oben unter Z. II. angedeutete, Ausdehnung gegeben, wie wir denn überhaupt versichern können, daß die von uns in Annalen XXI. S. 408. 409 vertheidigte Auslegung des Gesetzes als Praxis des mittelrheinischen Hofgerichts bezeichnet werden darf, und wir daher mit gutem Grunde in jener Mittheilung nicht blos von der Entscheidung eines einzelnen Falles sprachen. Auch ist diese Ansicht nicht sogar neu, sondern hat seit Erscheinen des Gesetzes vom 30. März 1850 überall und sogar auch unter den Finanzbeamten Anhänger gehabt.

Von der Anwendung des Gesetzes, wie es bestehet, ist wohl zu unterscheiden die Frage, ob dasselbe nicht einer Aenderung im Sinne der strengeren Ansicht bedürfe, was wir jedoch unerörtert lassen wollen.

Die erwähnte neuere Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts erging am 13. Aug. l. J. unter No. 4041—42 I. Sen. und lauten folgendermaßen

die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe.

Der Rekurrent bestreitet in seiner Rekursausführung gegen das amtliche Erkenntniß vom 31. März l. J., wodurch er wegen Unterschlagung der Capitalsteuer für das Steuerjahr 1853 von einer Leibrente von 4000 fl. und im Capitalanschlag von 32,000 fl. und eines Wohnungsrechts im Anschlag von 200 fl. und Capitalwerthe von 1600 fl. zur Strafe des vierfachen Betrages der schuldigen Steuer von 33 fl. 36 kr., somit zu einer Geldstrafe von 134 fl. 34 kr. verurtheilt wurde, weder daß ihm diese steuerbaren Bezüge zugestanden seien, noch daß er unterlassen habe, dieselben nach Vorschrift des Art. 11 des Gesetzes vom 30. März 1850 zur Versteuerung anzuzeigen; er bestreitet aber, daß er absichtlich der Entrichtung der Capitalsteuer sich entzogen habe und behauptet, daß jeden Falls die im Art. 13 des Gesetzes bezeichnete Mahnung des Schatzungsrathes hätte vorangehen müssen, daß er

wegen Unterschlagung nunmehr verurtheilt werden konnte.

Der §. 13 des Gesetzes vom 30. März 1850 schreibt ganz allgemein vor, daß der Schatzungsrath auf seine Kenntniß, daß ein Steuerpflichtiger steuerbare Bezüge habe, diesen an die Erklärung derselben zu mahnen habe, und der §. 16 bestimmt die Strafe der schuldvollen Verheimlichung ohne aber die Voraussetzungen einer solchen zu bezeichnen, daher hierwegen auf die anderweiten Bestimmungen des Gesetzes zurückgegangen werden muß. Der §. 13 bietet in der schon angezogenen Vorschrift, eine solche Bestimmung dar, welche in den Fällen des §. 16 jeden Falls Anwendung finden kann, da dort in Abs. 2 selbst hierauf verwiesen wird. Es läßt sich aber die Einschränkung der Vorschrift des §. 13 auf die Fälle, da der Schatzungsrath in erster Reihe, oder allein oder wie sonst zufällig von steuerbaren Bezügen Kenntniß erhalten hat, weder nach dem allgemeinen Wortlaut des Gesetzes, noch insbesondere nach der vom Gesetze dem Schatzungsrath angewiesenen Stellung rechtfertigen.

In letzterer Hinsicht ist bemerkenswerth, daß der Schatzungsrath nicht blos einen in gewissen Fällen von der Finanzbehörde zuzuziehenden Beirath darstellt, sondern überall die nicht zu umgehende Mittelsperson zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde ist; es ließe sich nicht absehen, weßhalb gerade in den für die Steuerpflichtigen wichtigen Fragen, ob eine Unterschlagung vorliege, die Thätigkeit des Schatzungsrathes nur eine zufällige, nicht unter den Voraussetzungen der Straffälligkeit des Pflichtigen begriffen sein sollte. Die Vorschrift selbst, daß eine Mahnung der Strafe vorangehen müsse, lag aber dem Gesetzgeber sehr nahe, denn, obgleich hier nicht sowohl die Vorschriften der bürgerlichen Gesetze, als vielmehr die in Strafsachen zur Anwendung kommen, so ist doch das Rechtsverhältniß der Finanzbehörde gegenüber dem Steuerpflichtigen das eines Gläubigers gegen seinen Schuldner und kann jener nach L.R.S. 1146 und 1228 ff. weder Schadenersatz noch Strafe ohne vorgängige Inverzugsetzung an seinen Schuldner verlangen.

Die vom Unterrichter angenommene Ansicht, daß eine Mahnung des Steuerpflichtigen durch den Schatzungsrath nach Art. 13 nur für diejenigen vorgeschrieben sei, welche bisher gar keine Steuererklärung abgegeben haben, kann nicht im Geiste des Gesetzes liegen, welches überall keinen Grund hatte, solche Steuerpflichtige günstiger zu behandeln, als diejenigen, welche der Pflicht der Steuerdeclaration nachgekommen, aber dabei einen steuerbaren Bezug anzugeben, etwa aus Versehen, unterlassen haben, und deßhalb unabweisbar der Strafe verfallen sein sollen, während jene, welche etwa nicht nur denselben steuerbaren Bezug, sondern noch viele andere steuerbare Vermögenstheile anzumelden ganz unterlassen haben, erst nach zweimaliger Mahnung nach der Strafdrohung des Art. 16 behandelt werden sollen. Wenn ferner das großh. Stadtamt im Art. 13 nicht eine Bedingung resp. Beschränkung der Strafbarkeit, sondern nur eine Instruktion für den Schatzungsrath findet, so ist diese Auslegung gewiß irrig, da der Art. 13 mit klaren Worten erst nach Ablauf der zweiten Frist, der wiederholten Mahnung die Bestimmung des Art. 16 in Kraft treten läßt, woraus folgt, daß ohne solche Voraussetzung ein strafbares Steuervergehen nicht existirt. Ob die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes mit richtiger Consequenz gefaßt sind, und ob überhaupt genügender Grund vorhanden war, die Strafbarkeit von der zufälligen und für das Verschulden des Steuerpflichtigen eigentlich unerheblichen Kenntniß des Schatzungsrathes abhängig zu machen, hat das Gericht nicht weiter zu prüfen, welches die gegebenen Bestimmungen im Zweifel für den Angeschuldigten auszulegen hat.

Da hiernach der Angezeigte schon deßhalb der Unterschlagung der Kapitalsteuer nicht schuldig erscheint, weil ihn der Schatzungsrath, wie jedenfalls hätte geschehen müssen, nicht an die Erklärung der steuerbaren Bezüge gemahnt hat, so bedarf es keiner näheren Prüfung der weiteren Fragen, ob der Schatzungsrath nicht in der That Kenntniß von diesen steuerbaren Bezügen gehabt, und dennoch unterlassen habe, den Angezeigten an die Erklärung zu mahnen, und ob der Angezeigte nicht etwa nur aus einem entschuldbaren Irrthum oder Versehen die Erklärung versäumt habe, obgleich auch diese Fragen nach der Persönlichkeit des Angezeigten, der öffentlichen Form, ja Offenkundigkeit, mit welcher er sich die in Frage stehenden Bezüge durch Vertrag vom 25. März 1852 bedungen, und weil er ohne erwiesene Kenntniß der gegen ihn bereits erfolgten Anzeige die Leibrente von 4000 fl. am 20. Mai 1854 für die Jahre 1852 u. 1853 nachträglich zur Versteuerung angemeldet hat, zu Gunsten des Angezeigten beantwortet werden müssen.

Wenn übrigens der Rekurrent, als bisheriger Ortsherr zu N. diese Eigenschaft zur Zeit der eingetretenen Steuerpflicht noch nicht verloren hatte, was noch nicht durch den

abgeschlossenen Privatvertrag ohne einen Act des Lehensherrn oder der stellvertretenden Behörde geschehen sein konnte, so hatte er nach L.R.S. 102a seinen Wohnsitz zu N., u. nach Art. 11 des Gesetzes bei dem Schatzungsrath zu N. seine Steuerpflicht zu declariren. Unter dieser Voraussetzung hatte der Schatzungsrath, da der Bürgermeister von N. selbst dem Abschluß des Vertrags und der öffentlichen Beurkundung desselben als Zeuge beigewohnt hatte, Kenntniß von der dem Angezeigten darin stipulirten Rente und die nach Art. 13 nothwendigen Mahnungen unterlassen.

Es bedarf indessen nach obiger Ausführung keiner weiteren Erörterung dieser Frage, sowie der weiteren eventuellen, ob der Schatzungsrath zu X. (Wohnort des Angezeigten), falls man diesen als zuständig ansehen würde, Kenntniß hatte, und ob bei der Offenkundigkeit des mehrfach öffentlich beurkundeten Vertrags, wie die Steuerbehörde in ihrer Rekursvernehmlassung sich ausdrückt, „immerhin möglich war," daß ihm diese Kenntniß fehlte.

Aus diesen Gründen wurde das unterrichterliche Erkenntniß dahin abgeändert, daß der Angezeigte sowohl von der Beschuldigung einer Defraudation, als auch nach §. 355 der St.Pr.O. von den Kosten freigesprochen wurde.

X.

III.

Zur Erläuterung der L.R.S. 564. 715.

Leven gegen Fries.

Im August 1853 entsprang ein bengalischer Hirsch aus dem zoologischen Garten des Conservators L., welchen, wie er in seiner Klage vom 25. Februar v. J. behauptet, der Beklagte in seinem Jagdbezirke erlegen ließ und sich aneignete, weßhalb von demselben Entschädigung für den lebenden und eventuell für den getödteten Hirsch verlangt wird.

Das Oberamt Heidelberg versagte auf diese Klage die Ladung und motivirte diese Verfügung mit Folgendem:

In Erwägung, daß der L.R.S. 564, welcher verordnet, daß Tauben, Kaninchen, Fische, welche in andere Behälter und Teiche übergehen, dem Eigenthümer dieser Behälter gehören, so lange sie sich dort aufhalten, auch auf andere Thiere, als Hasen, Rehe, Hirsche ꝛc. Anwendung findet,

Duranton, Bd. IV. No. 429.,

in Erwägung, daß jener Gesetzesstelle die Annahme zu Grunde liegt, daß derartige Thiere nur so lange Eigenthum sind, als sie in der Gewalt des Betreffenden sind und gleichsam ein Accessorium des Behälters, Gehägs ꝛc. bilden, in welchem sie sich befinden,

in Erwägung, daß wenn man auch in Beziehung auf gezähmte wilde Thiere insoweit eine Ausnahme macht, als solche die Gewohnheit des Wiederkehrens haben, dieser Fall hier nicht vorliegt, da der fragliche Hirsch schon im August aus dem Gehege entkam,

in Erwägung, daß zur Zeit als der fragliche Hirsch geschossen wurde, derselbe somit nicht mehr Eigenthum des Klägers, sondern als dem Jagdrecht unterworfenes Wild zu betrachten war, woran der Umstand, daß der fragliche Hirsch nicht hierländischer Abkunft war, sowie daß der Beklagte den Kläger als früheren Eigenthümer kannte, nichts alterirt.

Chavot traité de la propriété mobilière No. 537.

Toullier le droit Civil Bd. III. S. 372. 373.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Auf ergriffene Berufung hat das Hofgericht des Unterrheinkreises durch Urtheil vom 6. v. M. die Klage als in Rechten nicht begründet erkannt.

Die Entscheidungsgründe besagen:

Die Entscheidung über die Frage, ob der Kläger hiernach einen Anspruch auf Entschädigung habe, hängt zunächst offenbar von Beantwortung der Frage ab, ob der Kläger noch Eigenthümer des Hirschs war, als dieser von dem Beklagten erlegt wurde, denn nur unter dieser Voraussetzung kann von einer widerrechtlichen Beschädigung oder Aneignung die Rede sein.

Das römische Recht stellt bekanntlich den Grundsatz auf, daß wilde Thiere nur insoweit Gegenstand des Eigenthumsrechts sein können, als sie sich im Besitz eines Menschen befinden, und daß daher das Eigenthumsrecht aufhört, sobald dieselben ihre natürliche Freiheit wieder erlangt haben.

Hiebei wird kein Unterschied zwischen einheimischen und fremden wilden Thieren gemacht, obwohl ein solcher Unterschied bei dem Umstand, daß fremde wilde Thiere

häufig nach Rom gebracht wurden, nahe gelegen hätte, wenn jener Grundsatz auf einheimische wilde Thiere beschränkt sein sollte.

Im französischen und badischen Recht ist jener Grundsatz zwar nirgends mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen; es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß derselbe als der Natur der Sache entsprechend für gültig anerkannt und einzelnen Bestimmungen über das Eigenthum an wilden Thieren zu Grunde gelegt wurde. Nach L. R.S. 564 sollen nämlich Tauben, Kaninchen und Fische, die in andere Taubenhäuser und Behälter übergehen, Eigenthum desjenigen werden, in dessen Gehege u. s. w. sie gelangen.

Es enthält dieser Satz offenbar zwei verschiedene Vorschriften, zunächst die, daß der bisherige Eigenthümer jener Thiere sein Eigenthumsrecht verliert, sobald dieselben sein Gehege 2c. 2c. gänzlich verlassen und dadurch aufgehört haben, Zubehörden der Liegenschaft zu sein (L.R.S. 524), sodann die weitere Vorschrift, daß diese Thiere Zubehörden der Gehegen werden, in welche sie übergehen und daher dem Eigenthümer der letzteren gehören. Die erste dieser Bestimmungen sollte augenscheinlich nicht auf den Fall beschränkt sein, in welchem auch die Voraussetzungen der zweiten vorhanden sind, sondern ihrem Grund zufolge auch dann gelten, wenn die genannten Thiere nicht in andere Gehege u. dgl. übergehen, sondern in den Zustand ihrer natürlichen Freiheit gelangen, indem sie sich in Wald, Feld oder ein öffentliches Gewässer flüchten.

Da der Grund jener ersten Bestimmung ein allgemeiner ist, so kann sie weder auf die im L.R.S. 564 ausdrücklich genannten, noch auf einheimische wilde Thiere beschränkt werden, wie denn auch im L.R.S. 563 nicht zwischen einheimischen und fremden Tauben und dgl. unterschieden wird.

Hiernach und da im Zweifel anzunehmen ist, daß sich das französische Gesetzbuch dem älteren Rechte angeschlossen habe, ist der oben erwähnte Grundsatz des römischen Rechts auch jetzt noch als gültig zu betrachten, welches ohnehin für Baden, nach §. 3 des II. Einf.-Ges. insoweit fortdauernde Geltung hat, als das neuere Gesetz nicht etwas anderes bestimmt.

Auch dehnen die Schriftsteller des französischen Rechts die Vorschrift des L.R.S. 564 auf andere wilde Thiere aus und legen dem obenerwähnten Grundsatz des römischen Rechts fortwährend Geltung bei.

Zachariä I. Bd. §. 203 Note 18.
Duranton IV. S. 429.
Marcadé III. 11 sub. III. 2.
Proudhon tr. du dom. de propriété. Brüsseler Ausgabe und die dort angeführten Schriftsteller No. 379. 5. Note 2. No. 374. 385.

Da es nicht zu bezweifeln ist, daß der dem Kläger entlaufene Hirsch seine natürliche Freiheit erlangt hatte, weil er sich nach der Klage mehrere Tage im Jagdbezirk des Beklagten aufhielt, so konnte der Beklagte durch Erlegung des Hirschs das Eigenthumsrecht des Klägers nicht mehr verletzen.

Will man indessen von der Anwendung des L.R.S. 564 absehen, so ergibt sich doch das nämliche Resultat aus den nach L.R.S. 715 neben dem L.R. fortbestehenden Gesetzen über Jagd und Fischerei.

Da in Baden über die Jagd das römische Recht galt, so weit es nicht durch deutsches Recht und für Baden insbesondere durch das Jagdregal beschränkt war, ergibt sich ebenfalls die Anwendbarkeit des obenerwähnten Grundsatzes, indem auch nach deutschem Recht alle in der Freiheit lebenden wilden Thiere der Jagd unterworfen waren, ohne daß zwischen fremden und einheimischen Thieren unterschieden wird, wenn sie sich nur wirklich im Zustand der Freiheit befanden, und sogar das Eigenthum an gezähmten Thieren verloren ging, wenn es dem Eigenthümer nicht in kurzer Zeit gelang, sie wieder einzufangen.

Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 93 S. 212.
Bluntschli, deutsches Privatrecht I. §. 71. 354.

Nur bei solchen fremden wilden Thieren dürfte etwa eine Ausnahme zu machen sein, welche nur in Käfigen und unter besonderer Pflege gehalten werden können und von denen man darum sagen kann, daß sie hier nie zu ihrer natürlichen Freiheit gelangen. Davon kann jedoch bei dem aus dem Thiergarten des Klägers entsprungenen Hirsch, wie bereits erwähnt ist, nicht die Rede sein.

Daß endlich die Grundsätze über verlorene Sachen (L.R.S. 717. 717a 2279. Z. 2) auf entlaufene wilde Thiere nicht anwendbar sind, bedarf kaum einer besonderen Ausführung, da sich die Begriffe „Finden" und „Verlieren" nach dem Sprachgebrauche nicht auf wilde Thiere beziehen lassen und die Vorschrift des Satzes 2279 A. 2

dem deutschen Rechte entnommen ist, welches über entlaufene Thiere andere Grundsätze aufstellt.

Wenn hiernach der Kläger nicht mehr Eigenthümer des Hirsches war, so kann der Beklagte ihm nicht entschädigungspflichtig sein.

Aus diesen Gründen ꝛc. Kah.

IV.

1) Entschädigungspflicht der Pfandgerichtsglieder.
2) Wirkung der Streitverkündung.

Der Kläger liquidirte in der Gant seines Schuldners im Jahre 1853 eine Forderung mit 1200 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 7. Dezember 1849; diese Forderung war durch vertragsmäßiges Unterpfand gesichert worden, wobei die Pfandgerichtsglieder erklärt hatten, daß die Unterpfänder ganz unbelastet seien. — Bei der Gant stellte sich jedoch heraus, daß auf diesen Unterpfändern ein älteres gesetzliches Pfandrecht der Kinder erster Ehe des Schuldners für den Betrag von 153 fl. verzinslich zu 5 pCt. ruhe.

Diese Pfandgläubiger liquidirten nun nebst 153 fl. auch die rückständigen Zinsen mit 104 fl. 44 kr., und wurden auch f. Z. für letzten Betrag von dem jetzigen Kläger aus den Unterpfändern kraft des rechtskräftigen Ordnungsbescheides befriedigt. Der Kläger bestritt nämlich zwar den Vorrang der nicht privilegirten Zinsen, ergriff aber nicht die Appellation gegen den Ordnungsbescheid, sondern begnügte sich damit, den Pfandgerichtsgliedern den Streit in der Gant zu verkünden, und fordert nun, gestützt auf diese Streitverkündung, weil die Beklagten ihm nicht beistunden, den ihm hierdurch zugegangenen Verlust.

Die Beklagten hielten aber entgegen, daß der jetzige Kläger durch gehörige Vertheidigung, und eventuell durch Gebrauch der Appellation es dahin bringen mußte, daß nur 153 fl. und zweijährige und der laufende Zins mit 20 fl. 24 kr. ihm vorgingen, die nicht privilegirten Zinsen (L.R.S. 2151) also 104 fl. 44 — 20 fl. 24 = 84 fl. 20. gegen sie nicht gefordert werden können, und mit der Forderung des letzteren Betrages wurde auch der Kläger vom Unterrichter abgewiesen,

1) weil der Kläger zunächst die Verpflichtung hatte, in der Gant sich selbst gehörig zu vertheidigen und wenn dies geschehen wäre, gewiß in zweiter Instanz die 84 fl. 20 kr. den klägerschen Forderungen nachgesetzt werden mußten. Kläger mußte die Bestimmung des L.R.S. 2151 kennen. L.R.S. 1 b. Es ist Kläger mithin selbst im Verschulden und kann den hieraus ihm erwachsenen Schaden nicht von Andern ersetzt verlangen. L.R.S. 1148 a.,
2) durch die Streitverkündung konnten die Pfandgerichtsglieder in keine schlimmere Lage versetzt, nicht erst zu einer Gewährleistung oder Schadloshaltung verpflichtet werden. Von nicht privilegirten Zinsen wird nämlich ein Unterpfand nicht berührt, folglich kann auch von einer Haftbarkeit der Pfandgerichtsglieder da keine Sprache sein, wo ein Unterpfandsgläubiger nicht deßhalb in Verlust geräth, weil die Pfandgerichtsglieder eine andere, wirklich auf dem Unterpfand haftende Last verschwiegen. Rücksichtlich dieser 84 fl. 20 kr., wofür das Unterpfand nicht haftet, können also die Pfandgerichtsglieder nicht als regreßpflichtig betrachtet werden und es hatte der Kläger von einem Rechtsmittel keinen Gebrauch gemacht, wo es nicht zusteht, und darf wohl durch unbefugte Anwendung eines solchen die Lage des Klägers nicht verbessert werden. Die Streitverkündung schafft nicht das Regreßrecht, sondern erleichtert und sichert den Regreßberechtigten bei Verfolgung seines Rückgriffsrechtes. Pr.O. §. 107. Abs. 1.

In der zweiten Instanz wurde jedoch abändernd erkannt, daß Beklagte auch fragliche 84 fl. 20 kr. unter sammtverbindlicher Haftbarkeit zu zahlen haben, und zwar aus folgenden Gründen:

„Die beklagten Pfandgerichtsglieder sind auf Ersatz des Schadens belangt, welcher dem Kläger dadurch zugegangen ist, daß sie, als für seine verzinsliche Darlehensforderung von 1200 fl. ein Unterpfand bestellt wurde, ein unrichtiges Zeugniß ausgestellt, nämlich wahrheitswidrig beurkundet haben, daß die zu verpfändenden Liegenschaften mit Pfandlasten nicht beschwert, und daß der Kapitalaufnehmer seinen Kindern erster Ehe nichts schuldig sei.

Es haftete jedoch auf diesen Liegenschaften insbesondere eine mit früherem gesetzlichen Unterpfandsrechte versehene Forderung der Kinder erster Ehe des Georg Bir-

melin im Betrage von 153 fl. verzinslich vom Dezember 1838 an, welche bei der Gant des Letztern vom Jahre 1852/53 der mit späterem Unterpfandsrechte versehenen Forderung des Klägers im Ganturtheile vorgesetzt wurde, wodurch sich für diesen bei der Vertheilung der Masse ein Verlust im Betrage der im Range vorgehenden Forderung der Kinder erster Ehe des Gantmanns ergab.

Dieser Verlust bildet den Gegenstand der gegenwärtigen Entschädigungsklage, und die Beklagten sind auch durch das unterrichterliche Urtheil zur Bezahlung der eingeklagten Summe, mit Ausnahme eines Betrages von 84 fl. 20 kr., welcher nicht privilegirte Zinsen umfaßt, die in der Gant des Anleihers den erwähnten Kindern zuerkannt und zugewiesen wurden, rechtskräftig verurtheilt.

Mit dem Betrage von 84 fl. 20 kr. wurde aber der Kläger abgewiesen und in einen verhältnißmäßigen Theil der Kosten verfällt, und gegen diesen Theil ist die Appellation von ihm ausgeführt. Seine Beschwerde stellt sich als begründet dar. In der Gant des Anleihers, wo die Forderung der Kinder erster Ehe desselben mit Zinsen vom Dezember 1838 angemeldet, und sowohl für die Hauptsumme als die Zinsen ein dem Kläger vorgehendes Pfandrecht angesprochen wurde, hat nämlich dieser rechtzeitig den beklagten Pfandgerichtsgliedern den Streit verkündet, indem er zugleich den Vorrang jener Kinder bestritt.

Die Beklagten haben aber am Streite keinen Theil genommen, und den Ordnungsbescheid, welcher den erwähnten Kindern auch die Zinse vom Dezember 1838 an im Range vor dem Kläger zuerkannt, rechtskräftig werden lassen. Sie müssen deßhalb das Urtheil auch als wohl gefällt gegen sich gelten lassen, und erscheinen folgeweise auch hinsichtlich des Betrags von 84 fl. 20 kr. ersatzpflichtig, nachdem ihnen die Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses zur Last fällt. L.R.S. 2127. 1382 ff. Pr.O. §. 107."

G.

V.

Ueber Beihilfe zur Desertion

erging folgende hofgerichtliche Entscheidung:

In Erwägung, daß mit Einführung des neuen Strafgesetzbuchs alle älteren Strafgesetze außer Wirksamkeit getreten sind, insoweit solche nicht besonders und ausdrücklich beibehalten wurden, zu letzteren aber die Verordnungen vom 12. August 1812, Reg.-Bl. No. XXV. vom 22. Februar und 29. November 1813, Reg.-Bl. No. VII. und XXXIV. nicht gehören, diese daher auch nicht maaßgebend sind, Einf.-Ges. §. 1. 4. 5. 13. 14. 16—18. 25. 27. 34;

In Anbetracht, daß das annoch bestehende Conscriptionsgesetz vom 14. Mai 1825, Reg.-Bl. No. X., sowie das Gesetz vom 5. Oktober 1820, Reg.-Bl. No. XV. keine Bestimmungen enthalten, welche zur Anwendung gelangen könnten;

In Erwägung, daß die Desertion eines Soldaten ein nach den Militairstrafgesetzen zu beurtheilendes Militairverbrechen ist, und die Betheiligung einer Civilperson hieran nur insofern gerichtlich geahndet werden darf, als dieselbe von der Civilstrafgesetzgebung mit peinlichen oder bürgerlichen Strafen bedroht ist. St.G.-B. §. 1 und 2.

In Erwägung jedoch, daß das neue St.G.B. in §. 599 N. 6 §. 600 und 601 unter dem Titel „von dem Landesverrathe" lediglich das Verbrechen der Verleitung von Soldaten zur Desertion, verübt während eines Kriegs oder mit Rücksicht auf einen bevorstehenden Krieg, das Einf.-Ges. §. 2 aber statt des §. 630 und 631 des St.G.B. unter dem Titel XLV. „von dem Aufruhr" zusatzweise unter der Rubrik „Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung" §. 631 d ebenfalls nur die Verleitung von Militairpersonen zur Verletzung ihrer Dienstpflichten oder zur Treulosigkeit (hiebei politische Wühlerei im Auge habend) mit Strafe bedroht, in welcher Beziehung der Angeschuldigte von dem Untersuchungsrichter nicht angeschuldigt wurde, und aus zureichenden Gründen nach Aktenlage nicht angeschuldigt werden konnte — wird erkannt:

„bezüglich auf die Anschuldigung der Beihilfe zur Desertion des Soldaten N. sei wegen Mangels einer von dem Strafgesetze bedrohten That kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung des N. N. vorhanden."

G.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 34. Mannheim, 18. August 1855.

I.

Ist ein Mennonite berechtigt, als Geschworener den Eid zu verweigern, und was ist die Folge solcher Weigerung?

Zu §. 76 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, Reg.-Bl. No. 9. S. 93.

Schon in der Eidesordnung vom 24. Mai 1802 war durch §. 38 unter der Aufschrift:

„Eid der Sectirer"

verordnet:

„Bei jenen christlichen Religionspartheien, welche nach ihren Bekenntnissen keine Eide schwören, ist diejenige Form der Versicherung, welche nach ihrer Glaubensvorschrift für sie die höchste und heiligste ist, statt feierlichen Eides, nach allen Rücksichten und Wirkungen, namentlich auch in Hinsicht auf Strafbarkeit ihrer Uebertretung, zu achten und anzunehmen; dagegen kann Niemand, wenn an ihn ein Eid gefordert wird, durch Berufung auf solche Freiheit einer Erklärung auf den Eid und ihren rechtlichen Folgen ausweichen, er habe denn zuvor schon öffentlich und unverholen zu diesem Bekenntnisse sich gehalten, und es sei mithin gewiß, daß der Anspruch an diese Freiheit nicht ein blos hinterlistiger Vorwand werde, um der Eidesleistung auszuweichen."

Diese Vorschrift ist unter dem Titel von dem Haupteide in §. 618 der Pr.O. vom 31. Dezember 1831 zur Anwendung gekommen, welcher verordnet:

„Hinsichtlich solcher Bekenner des christlichen Glaubens, die eine eidliche Bekräftigung als unerlaubt betrachten, wird die dem Eid gleichgeltende Bekräftigung nach ihrem Glaubensbekenntnisse bestimmt."

Derselbe ist unverändert als §. 574 in die neue Abfassung der Pr.O. übergegangen.

Unter dem Titel von dem Zeugenbeweise ist jedoch eine entsprechende Bestimmung in der bürgerlichen Pr.O. nicht zu finden.

Dagegen erlaubt die St.Pr.O. vom 6. März 1845 in §. 145 unter dem Titel über die Vernehmung der Zeugen, daß statt des Eides ein Zeuge die Versicherung gebe, welche nach seiner Religion und den Staatsgesetzen statt der Eidesleistung gilt.

In das Gesetz vom 20. Dezember 1848 (Reg.-Bl. No. 81 S. 464. 465), womit die Eidesordnung vom 24. Mai 1802 aufgehoben wurde, ist unter §. 3 die Bestimmung aufgenommen:

„Die dem Eide gleichgeltende Bekräftigung solcher Bekenner des christlichen Glaubens, welche den Eid als unerlaubt betrachten, geschieht in der Form der §§. 9 und 10."

Diese Form ist die des Handgelübdes.

Diejenigen christlichen Secten, welche den Eid als unerlaubt betrachten, sind nirgends genannt; doch ist allgemein angenommen, daß die Secte der Mennoniten den Eid nicht für erlaubt achte.

Die Vorschrift des §. 76 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. 81 S. 464) über die Beeidigung der Geschworenen entspricht dem §. 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 1848, welcher vorschreibt, überall, wo wegen der Weitläufigkeit der Schwurformel oder großen Zahl der Schwörenden das Nachsprechen der Eidesformel nicht thunlich (oder wo es in den Gesetzen besonders vorgeschrieben) ist, wird die Eidesformel nur langsam und

deutlich vorgelesen, auch wo dies erforderlich scheint, erläutert (§. 6) und der Schwörende spricht die Bestabung in folgender Weise aus:

„Ich schwöre, so war mir Gott helfe!"

In §. 76 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 ist aber davon nicht wieder die Rede, daß eine Befreiung von der eidlichen Verpflichtungsform stattfinde, und die Form des Handgelübdes zu Gunsten solcher Bekenner des christlichen Glaubens, welche den Eid als unerlaubt betrachten, zugelassen werde. Dies hat zu der Frage Anlaß gegeben, ob ein als Geschworener gezogener Mennonite mittelst Handgelübdes verpflichtet werden dürfe. Diese Frage ist nicht ohne Bedeutung, da, wenn die Eidesform nicht verlassen werden darf, die durchaus achtungswerthe Secte der Mennoniten von dem Ehrenrechte des Geschworenenamtes ausgeschlossen wäre, und die Zulassung der Handgelübdesform bei der Verpflichtung eines Mennoniten zum Geschworenen die Nichtigkeit des Verfahrens herbeiführen würde.

In andern Gesetzgebungen ist vorgesorgt, indem z. B. dem von der eidlichen Verpflichtung der Geschworenen handelnden §. 281. der mit dem 1. Januar d. J. in Kraft getretenen großh. Sächsischen und fürstl. Schwarzburgischen St.P.O. am Schlusse der Satz angefügt ist:

„Inwiefern nach besonderen Religionsgrundsätzen andere Versicherungen einem Eide gleichstehen, ist nach den darüber bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen."

Ebenso enthält das preußische Zusatzgesetz vom 3. Mai 1852 die Bestimmung in Art. 73, der von der eidlichen Verpflichtung der zu Gericht sitzenden Geschworenen handelt:

„Mitglieder von Religionsgesellschaften, denen das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, können sich statt dieser Eidesworte („Ich schwöre es, so wahr mir Gott helfe"), jener Betheuerungsformeln bedienen."

Hartmann in seiner Zusammenstellung der Verordnung vom 3. Januar 1849 über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 hebt S. 81 hervor, daß z. B. für die Mennoniten eine andere Form der Betheuerung gesetzlich zulässig sei.

Aber auch da, wo, wie bei uns das Gesetz nicht durch einen solchen Vorbehalt vorgesorgt hat, wendet man die allgemeinen Bestimmungen über eidliche Verpflichtungen auch auf die Verpflichtung der Geschworenen an.

In Würtemberg z. B. sind durch Art. 118 des Gesetzes vom 14. August 1849 über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören, dieselben Bestabungsworte wie bei uns für den Eid der Geschworenen vorgeschrieben und zwar unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit für den Nichtgebrauch, demungeachtet wird dort angenommen, wenn sich z. B. Mennoniten, Herrnhuter, die Mitglieder der religiösen Gemeinde zu Kornthal und Wilhelmsdorf auf die statt des förmlichen Eides zu leistenden Versicherungen berufen und nur diese zu geben bereit sind, so habe sich der Richter mit diesen zu begnügen, und dürfe Zwangsmaßregeln gegen dieselben nicht ergreifen.

s. Holzinger, die Schwurgerichte in Würtemberg S. 203.

Höchster, in seinem Lehrbuch des franz. Strafverfahrens, spricht zwar in §. 251 Ziffer 2 und Note e die Ansicht aus, jede andere Betheuerung, als mit den vorgeschriebenen Bestabungsworten ziehe die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich und unter Ziff. 3 der Geschworene, welcher sich beharrlich weigere, die vorgeschriebene Eidesform zu leisten, müßte ausscheiden, und sei mit der gesetzlichen Strafe zu belegen, will übrigens in Note f des §. 251 doch dem Assissenhofe die Befugniß einräumen, den Geschworenen von jeder Strafe zu entbinden, wenn die Motive der Eidesverweigerung als begründet erscheinen.

Wollte man aber diese streng formelle Ansicht durchführen, so würden Diejenigen, nach deren Religionsgrundsätzen ein Eid nicht geschworen werden darf, obschon dies nicht durch das Gesetz geschehen ist, doch factisch durch dessen Anwendung vom Geschworenendienste ausgeschlossen werden und bleiben. Bei dem guten Rufe, den die Mitglieder der Mennoniten Sekte haben, wäre es für den Staat kein Gewinn, wenn er deren Mitwirkung bei der Rechtspflege verlöre, und für sie selbst müßte es hart und drückend sein, sich von dem Ehrenamte des Geschworenen deßhalb ausgeschlossen zu sehen, weil ihre religiöse Ueberzeugung ihnen den Eid verbietet. Die Gesetzgebung käme aber mit sich selbst und mit ihrer sonst humanen Haltung in Widerspruch, wenn sie einen im Staate geduldeten religiösen Glauben bedrücken würde, und eine Bedrückung läge darin, daß sie Mennoniten als Geschworene zuließe, von ihnen aber den ihnen untersagten Eid

verlangte, und als Folge der Verweigerung, wenn nicht Strafe, mindestens doch Ausscheidung eintreten ließe.

Der Schwurgerichtshof des Unterrheinkreises im 3. Quartal d. J. hat daher — allerdings nicht einstimmig, (sondern mit 4 Stimmen gegen eine) — auf einen Mennoniten, der mehrmals mit zu Gericht saß, allein die Leistung des Eides verweigerte, die allgemeinen Bestimmungen der §§. 3 und 9 des Gesetzes vom 20. Dezember 1848 angewendet, wonach der Mennonite als Geschworener den Eid in Form eines Handgelübdes abzulegen hat. Dieses Handgelübde, während dessen Leistung sämmtliche Anwesende sich erhoben halten müssen, wird wohl am zweckmäßigsten erst nach dem Schlusse der eidlichen Verpflichtung der übrigen Geschworenen, wo diese vereinzelte Handlung am wenigsten stört, abgenommen. Der zu Verpflichtende hat heraus und an die Gerichtstafel vorzutreten und leistet das Handgelübde stehend, indem er die linke Hand auf das Herz legt, nach §. 10, des Gesetzes auf die im Allgemeinen vorgelesene Verpflichtungsformel die Bestabungsformel:

„Ich versichere (dieses) auf Ehre und Gewissen"

ausspricht, und sodann mit der rechten Hand dem Präsidenten den Handschlag gibt.

Der Staatsanwalt schien jedoch von der Richtigkeit der Ansicht der Mehrheit des Schwurgerichtshofes nicht vollkommen durchdrungen zu sein; denn er lehnte in dem wichtigsten Falle der Session den Mennoniten, als er hier wieder durch das Loos in die Urtheilsjury berufen wurde, ab, wohl kaum aus einem anderen Grunde, als weil er an der Zuläßigkeit der handgelübdlichen Verpflichtung desselben zweifelte.

Stf.

II.

Ist eine Verfügung der Staatsverwaltungsbehörde geeignet die Verjährung zu unterbrechen?

Bei einem im Jahr 1846 abgehaltenen Ruggericht ward Anstand darüber erhoben, daß ein der Gemeinde gehöriger Platz von Holzhändlern bisher unentgeldlich benützt worden war. Der hierbei betheiligte Bürgermeister F. pachtete nun für die Dauer vom 1. April 1846 bis dahin 1848 gegen einen jährlichen Pachtzins von 25 fl. fraglichen Holzplatz.

Im Jahre 1850 wurde der Staatsverwaltungsbehörde mitgetheilt, daß jene Zusage des Bürgermeisters F. noch nicht erfüllt sei, und es erging um den 6. Dezember 1850 an den Gemeinderath zu H. der Beschluß:

„Nach §. 52 des Rügegerichtsbescheids vom 10. Juni 1846 hat Bürgermeister F. für den benützten Holzlagerungsplatz vom 1. April 1846 bis dahin 1848 jährlich 25 fl. Pachtzins in die Gemeindekasse zu bezahlen. Innerhalb 14 Tagen hat Bürgermeister F. dieser seiner Verbindlichkeit nachzukommen und Quittung des Gemeinderechners vorzulegen. Weitere Verfügung wird vorbehalten."

Der Pachtzins wurde nicht bezahlt, und daher von der Gemeinde eingeklagt. Der Beklagte hielt aber der Forderung die Einrede der Verjährung entgegen, welche von der klagenden Gemeinde durch die Replik der Unterbrechung zu entkräften versucht worden ist.

Diese Replik drang auch in erster und zweiter Instanz durch.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die ursprüngliche Richtigkeit der kläger'schen Forderung, beruhend auf einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtvertrag für die Dauer vom 1. April 1846 bis dahin 1848, wurde im Laufe des Verfahrens beklagterseits zugestanden und gegen das unterrichterliche Urtheil nur deßhalb Beschwerde erhoben, weil der vorgeschützten Einrede der Verjährung keine Folge gegeben worden sei. (L.R.S. 2277).

Diesem Einwande steht jedoch die — bereits in vorwürfiger Klage angerufene — amtliche Verfügung vom 6. Dezember 1850 entgegen, wodurch dem Beklagten, wie dessen Anwalt selbst anerkannt, aufgegeben wurde, binnen 14 Tagen seiner Verbindlichkeit gegen die Gemeinde H. nachzukommen und Quittung des Gemeinderechners vorzulegen.

Wenn auch die erwähnte Verfügung von großh. Bezirksamt N. als Staatsverwaltungsbehörde ausging, so war dieselbe gleichwohl geeignet, die fragliche Verjährung zu unterbrechen, denn der Staatsbehörde steht das Aufsichtsrecht über die Gemeindeverwaltung im Allgemeinen zu, welches insbesondere bei den jeweils stattfindenden Rügegerichten — wie im vorliegenden Falle — ausgeübt und wobei entdeckte Mängel durch

zweckdienliche Maßregeln verbessert und Nachlässigkeiten der Gemeindebehörde durch sachgemäße Anordnungen gerügt werden, wohin namentlich das Betreiben von Forderungsausständen gehört, und muß nach der bestehenden Organisation in der deßfallsigen Amtshandlung um so mehr ein zur Unterbrechung der Verjährung geeigneter, öffentlich beurkundeter Akt erblickt werden, als schon eine Vorladung zum Versuch der Güte die Verjährung unterbricht, insofern eine Vorladung an das Recht in der gesetzlichen Zeit nachfolgt, und sogar eine von einem unbehörigen Richter, also einem solchen, welcher bezüglich auf die betreffende Person oder Sache keine Gerichtsbarkeit hat, geschehene Vorladung an das Recht ebenfalls eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt. G.O. §. 151, §. 125. L.R.S. 2242. 2244—2246.

Hiernach ist Beklagter (welcher in den Jahren 1840 bis 50 noch selbst Bürgermeister in H. gewesen), durch das amtliche Urtheil nicht beschwert.

G.

III.

Zur Auslegung des §. 779 der Pr.O.

A. hatte an Melchior Sp. in H. aus Darlehen fl. 800 und Zinsrückstand, auf Schuld- und Pfandurkunde zu fordern. Der Pfandgläubiger erwirkte Vollstreckung und die ihm verpfändeten Liegenschaften wurden demselben in der vom Vollstreckungsbeamten, Notar L., am 6. August d. J. öffentlich abgehaltenen, zweiten und letzten Versteigerung um fl. 525 endgültig zugeschlagen. Ein Auszug aus dem Versteigerungsprotokoll, in welchem die Verweisung enthalten ist, daß der Kaufpreis an den Gütersteigerer als Pfandgläubiger selbst zu zahlen seie, wurde vom Vollstreckungsbeamten dem Pfandgericht H. zugestellt, von demselben mit dieser Verweisung gebucht und hierauf vom großh. Amtsrevisorat L. dem Pfandgläubiger A. die gleichlautende Kaufurkunde behändigt.

Nachdem somit das vom Pfandgläubiger A. zu seinen Gunsten erwirkte Vollstreckungsverfahren vollständig beendigt war, und demgemäß eine Einsprache dritter Gläubiger bezüglich der Ergebnisse der Vollstreckung nach §. 1039 und ff. der Pr.O., — vorausgesetzt eine solche Einsprache wäre gegen den Pfandgläubiger A. formgerecht erhoben worden — auf gepflogene Verhandlung hätte müssen verworfen werden, erschienen am 2. September d. J. Apotheker Sch. und Amtschirurg Sch. beim Oberamt L. und gaben dort, statt die geeignete Einsprache gegen Pfandgläubiger A. zu richten, wörtlich zu Protokoll:

„Wir haben von Melchior Sp. in H. Forderungen zu machen und zwar Apotheker Sch. im ungefähren Betrage von fl. 40 für gelieferte Arzneien, und Amtschirurg Sch. im ungefähren Betrage von fl. 36 bis fl. 40 für ärztliche Bemühungen. Die genaue Angabe der Forderung bleibt vorbehalten. Melchior Sp. besitzt kein zugreifbares Vermögen; er hat weder Fahrnisse noch ausstehende Forderungen. Alles was er an Fahrnißvermögen besitzt, ist Competenz. Wir berufen uns zum Beweis dieser Thatsachen auf einen Bericht des Gemeinderaths H., welcher erhoben werden wolle. — Der einzige Besitz des Sp. besteht in den in der Gemarkung H. gelegenen Grundstücken desselben, auf welche A. unterm 19. Mai d. J. Zugriff bei großh. Oberamt hier erwirkt hat; wir berufen uns auf die deßfallsigen Betreibungsacten. Vor wenigen Tagen ist die Versteigerung dieser Liegenschaften gehalten worden, welche von dem Pfandgläubiger ersteigert wurden. Wir wußten nichts von der Versteigerung und meldeten deßhalb unsere Forderungen beim Vollstreckungsbeamten auch nicht an. Der Erlös reicht nicht hin um nur den Gläubiger A. für seine Forderung von fl. 800 und Zinsrückstand zu decken, und so bleibt uns nichts übrig, als auf Grund der Thatsache, daß Melchior Sp. kein freies Vermögen besitzt und seine Liegenschaften dem Zugriff des Pfandgläubigers unterliegen, gemäß §. 779 der Pr.O. um Ganteröffnung gegen Sp. zu bitten. —

Nach §. 1042 der Pr.O. wird die Vollendung der angefangenen Vollstreckung gehemmt und es muß die Ausfolgung der Ergebnisse untersagt werden. Wir behalten uns vor, nachzutragen, ob etwa außer A. noch ein anderer Steigerer aufgetreten ist, an welchen dieser verwiesen ward resp. werden wird,

damit die richterliche Untersagung der Zahlung des Steigschillings an den Steigerer (sic!) geschehen könne.

Wir bitten um Erhebung der Versteigerungsacten und berufen uns auf deren Inhalt. Schließlich wird gebeten:

1) An Melchior Sp. die in §. 779 der Pr.O. vorgeschriebene Verfügung ergehen zu lassen.
2) An den Notar und an A. die Weisung ergehen zu lassen, daß die Ausfolgung der Ergebnisse der Vollstreckung, resp. die Fertigung der Verweisungen zu unterbleiben habe.
3) Gegen Melchior Sp. die Gant zu eröffnen." — Hierauf wurde vom großh. Oberamt L. am 2. Octbr. d. J. folgender Beschluß erlassen:

„1) Auf Antrag der Gläubiger Apotheker Sch. und Amtschirurg Sch. und nach §. 779 d. Pr.O. wird Tagfahrt zur Verhandlung über den Antrag dieser Gläubiger, gegen Melchior Sp. die Gant zu eröffnen, anberaumt u. s. w. und werden hierzu die beiden Gläubiger Sch. und Sch. bei Vermeiden des Rechtsnachtheils, daß im Falle ihres Ausbleibens diese Sache beruhen bleibt, Melchior Sp. mit der Auflage vorgeladen, entweder die genannten Gläubiger zu decken oder in der Tagfahrt sein Vermögen mittelst Vorlegung eines glaubhaften Vermögensverzeichnisses darzuthun, widrigenfalls die Gant gegen ihn eröffnet werden würde.

2) Wird mit Bezug auf §. 1042 der Pr.O. verfügt, daß die Ausfolgung der Ergebnisse der Liegenschaftsversteigerung gegen Melchior Sp. und die Fertigung der Verweisungen in dieser Sache bis auf Weiteres zu unterbleiben hat."

Wir möchten bei diesem Verfahren — Ziff. 2 der oberamtlichen Verfügung soll hier unberührt bleiben — einige kurze Fragen uns erlauben:

Ist der, im Eingange des §. 779 der Pr.O. gebrauchte Ausdruck „Gläubiger" so zu verstehen, daß derjenige, welcher bei seinem Auftreten vor Gericht weder eine Forderung nachweist, sie nicht einmal durch eine Bescheinigung wahrscheinlich macht, sondern einfach behauptet, er habe ungefähr so viel zu fordern, als ein solcher „Gläubiger" zu betrachten seie, den der §. 779 im Auge hat? — Ist Jemand, gegen den eine solche einfache Forderungsbehauptung bei Gericht vorgetragen wird, schuldig sein Zahlungsvermögen darzuthun, und kann, wenn er es unterläßt, ohne weiteres in einem solchen Falle gegen ihn die Gant erkannt werden? X.

IV.

Ueber außergerichtliche Streitfeststellung.

Pr.O. §. 222.

Für den Richter ist es eine große Erleichterung und darum sehr erwünscht, die Streitpunkte in geschlossenen Akten vorgelegt zu erhalten, so daß er der Mühe der Prozeßdirektion enthoben, nur das Urtheil zu sprechen hat.

Der §. 222 der Pr.O. dürfte jedoch Manches im Gefolge haben, wodurch andere Vorschriften der Pr.O. umgangen werden können, und hierüber eine Andeutung zu geben, soll hier kurz versucht werden.

Die §. 121 u. s. w. der Pr.O. handeln von den Rechten der Anwälte, und namentlich ist ihnen durch §. 121 der Staatsschutz gegen die Pfuscher in ihrem Geschäftskreise, gegen die Winkelschreiber zugesagt, da diesen die gewerbsmäßige Vertretung fremder Parteien untersagt werden soll. Nach dem §. 222 Pr.O. sind aber die Parteien, wenn sie ihre Vorträge nicht selbst fertigen können oder wollen, keineswegs gehalten, Rechtsanwälte zu nehmen, sondern die Wahl ist ihnen vollkommen frei gegeben. Darnach darf es aber wohl auch Niemanden zum Unrechte zugemessen werden, wenn er ein solches Mandat annimmt, und dies regelmäßig zu thun pflegt. Nur für den Fall also, wenn vor Gericht selbst die Verhandlungen gepflogen werden, ist die gewerbsmäßige Rechtsvertretung den nicht rechtsgelehrten Personen untersagt (§. 120 und 121 Pr.O.) bei außergerichtlicher Streitfeststellung bleibt sogenannten Winkelschreibern eine meist sehr theuere und gar nicht zweckentsprechende Befugniß, zum unverkennbaren Nachtheil der Rechtsanwälte wie der Partheien.

Nach dem XXIX. Titel der Pr.O. und der Just.-M.V. vom 5. November haben die Richter im mündlichen Verfahren den Prozeß derart zu leiten, daß sie das zur Beurtheilung des Streits nothwendige Material, also die wechselseitigen Erklärungen der Partheien oder ihre Vertreter selbst zu Protokoll diktiren und für Beseitigung unnützer Weitschweifigkeiten sorgen. Einerseits können Rich-

ler von dieser Befugniß in einer Weise Gebrauch machen, welche für den Rechtsanwalt zur Chicane wird, anderseits dagegen können zwei Anwälte in der Tagfahrt erklären, (wenn der Richter der Prozeßvorschrift und der J.M.V. nachkommen will); wir bitten die Verhandlungen beruhen zu lassen und werden außergerichtlich die Streitpunkte nach §. 222 Pr.O. feststellen. Es wird also das mündliche Verfahren verdrängt und das schriftliche zur Regel werden, wo sich Anwälte nicht gefallen lassen, ihre Erklärungen durch den Mund des Richters zu Protokoll zu geben.

Die neue Pr.O. gibt ferner ausgedehnte und strenge Vorschriften darüber, wann das mündliche Verfahren und in welchen Ausnahmsfällen schriftliches Verfahren eingehalten werden soll. Diese Bestimmungen erscheinen illusorisch, weil es nur der Uebereinkunft zweier mit der Prozeßführung betrauter Anwälte bedarf, jeden, auch den einfachsten und geringfügigsten Rechtsstreit außergerichtlich in Schriften abzuhandeln, und dafür Kosten anzusetzen, welchen die gerichtliche Genehmigung nicht versagt werden kann. G.

V.

Können Befreiungsgründe des §. 64 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 auch noch nach der Loosziehung berücksichtigt werden.

Es kommt nicht selten vor, daß Gründe, wegen welcher Personen, deren Namen in die Kreisliste aufgenommen sind, Befreiung vom Dienste des Geschworenen (§. 64 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851) verlangen oder diesen Dienst ablehnen (§. 63 ebendaselbst) können, statt — wie es §. 59 vorschreibt — vor der Minderung der Kreisliste (§. 60 des Einf.-Ges.) oder wie es §. 63 gestattet, zwar nach Minderung der Kreisliste aber doch noch vor der Loosziehung vorgebracht zu werden, erst nach dieser, ja nach der Vorladung der Geschworenen zur Sitzung geltend gemacht werden.

Bisher hat man es in der Praxis zur Verhütung von Störungen mit solchem verspäteten Vorbringen von Befreiungsgründen sehr streng genommen und nach der Ladung nur noch die in §. 68 des Einf.-Ges. bezeichneten Entschuldigungsgründe gelten lassen,

s. Annalen XIX. (1852.) No. 7. S. 55.

obschon die Bekanntmachung, welche der §. 59 desselben Gesetzes für die Aufforderung vorschreibt, Ablehnungsgründe anzuzeigen, ganz unzweckmäßig durch das Kreisanzeigeblatt stattfindet, welches dem Publikum in der Regel nicht zugänglich ist. In neuerer Zeit hat jedoch das Schwurgericht des Unterrheinkreises den Verhältnissen mehr Rechnung getragen.

Faßt man nämlich die Befreiungsgründe des §. 64 näher ins Auge, so findet man, daß sie von zweierlei Art sind. Die einen beruhen auf einer persönlichen oder Standesbegünstigung wie die unter Ziffer 1. 2. 6. 7. 8.; solche müssen, weil darauf verzichtet werden kann, natürlich rechtzeitig geltend gemacht werden. Die andern aber beruhen auf einer Collision eines ständigen oder zeitweiligen öffentlichen Dienstes mit dem vorübergehenden Dienste des Geschworenen, wie die unter Ziffer 3. 4. 5. ebendaselbst (Vergleiche Annalen XIX. (1852) No. 14. II. S. 108. 109.) Solche Collisionen erfordern unbedingt eine Ausgleichung und diese kann jeder Zeit verlangt werden, selbst während der Sitzungen, wenn die Collision erst während derselben eintreten sollte. Wenn nun aus Versehen solche Ausgleichung nicht vor der Loosziehung verlangt worden ist, so ist sie doch nach wie vor durch das öffentliche Interesse geboten und die Grundsätze vom Verzicht schlagen hier nicht ein. Das öffentliche Interesse überwiegt gegenüber der im Verhältniß hierzu nicht bedeutenden Störung, welche durch die Nothwendigkeit des Eintritts eines andern Geschworenen an die Stelle des ausscheidenden veranlaßt wird. Deßhalb hat man solche Entschuldigungsgründe von Seiten des Schwurgerichtshofes im Unterrheinkreise neuerdings auch dann noch berücksichtigt, wenn sie nachträglich von bereits durch das Loos gezogenen Geschworenen erst vor oder bei Eröffnung der Sitzungen vorgebracht wurden.

Stf.

VI.

Ueber die Zulässigkeit des Rekurses gegen hofgerichtliche Erkenntnisse wegen Accisvergehen.

Annalen XXI. S. 224.

J. U. S. gegen Joseph Renz von Ostrach und Abraham Rupert Einstein von Buchau wegen Accisdefraudation wurde vom großh. Oberhofgericht der von

den beiden Angezeigten gegen das dieselben zur Nachzahlung der Accise und in die Strafe von 1755 fl. 24 kr. verfällende Urtheil des Hofgerichts des Seekreises vom 16. Juni d. J. ergriffene Rekurs als unstatthaft verworfen.

Entscheidungsgründe.

Nach §. 16 No. 27, vrgl. §. 17 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, steht den Bezirksämtern unbedingt zu, über die mit einer festbestimmten Geldstrafe bedrohten Accisvergehen in erster Instanz abzuurtheilen. In den Fällen, in welchen es an hinreichendem Beweise der Anschuldigung fehlt, wie es dem Bezirksamte Pfullendorf in dem vorliegenden daran zu fehlen schien, und in welchen daher eine Strafe nicht erkannt wird, soll, statt der in andern Fällen geschehenden Freisprechung, zu Folge § 106 des allegirten Gesetzes, wie es hier geschah, ausgesprochen werden, daß kein Grund zur weitern, gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. Diese Formel der Erledigung steht somit in gleicher Reihe mit jeder andern Art der urtheilsmäßigen Erledigung eines strafgerichtlichen Verfahrens; sie hat die gleiche prozessualische Bedeutung, wie die Formel der Freisprechung oder auch ein verurtheilendes Erkenntniß.

Das auf Beschwerde der großh. Obereinnehmerei erlassene hofgerichtliche Strafurtheil ist demzufolge als das Urtheil zweiter Instanz zu betrachten, gegen welches ein weiterer Rechtszug nach Art. 8 des Gesetzes vom 22. Juni 1837 (Reg. Bl. XX.) unstatthaft erscheint.

Der rekurrentische Anwalt hat zwar auszuführen gesucht, es sei die Wiederherstellung gegen das Erkenntniß, durch welches das großh. Hofgericht die Beschwerde der großh. Obereinnehmerei gegen das amtliche Urtheil vom 7. April d. J. wegen Verspätung als unstatthaft verworfen hatte, von diesem Gerichtshofe nicht nur aus formellen und materiellen Gründen mit Unrecht, sondern auch incompetent erlassen worden. Damit konnte jedoch dem dahier eingeführten Rechtsmittel der Eingang nicht verschafft werden, indem nach allgemeinen Grundsätzen überall derjenige Richter, bei welchem eine verspätete Handlung einzubringen war, auch über die deßfalls nachgesuchte Wiederherstellung zu erkennen hat, und insofern in der Hauptsache selbst ein weiterer Rechtszug nicht stattfindet, der höhere Richter auch nicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit der Wiederherstellung angerufen werden kann.

Ebenso hat sich großh. Oberhofgericht in der Untersuchungssache gegen Joseph Frick von Pfullendorf wegen Kaufaccisdefraudation über die Zulässigkeit des Rekurses gegen hofgerichtliche Erkenntnisse wegen Accisvergehen ausgesprochen.

Hgr.

VII.

Fälschung von öffentlichen und Privaturkunden.

§. 423. 430 St.G.B.
Annalen No. 11 S. 85 dieses Jahrgangs.

Das großh. Oberhofgericht hatte in einem in den Annalen XIX. S. 200 mitgetheilten Falle bei der Fälschung einer von einem Bürgermeister und Rathschreiber nebst zwei Gemeinderäthen ausgestellten Beglaubigung der Rechtheit einer Privatunterschrift den Thatbestand der Fälschung einer öffentlichen Urkunde als vorhanden angenommen. In den Annalen No. 11 S. 85 dieses Jahrganges habe ich behauptet, daß dies nicht richtig sei, da nicht dem Bürgermeister und Rathschreiber, sondern nur dem Staatsschreiber (Notar) das Recht der Beurkundung in solchen Dingen zustehe (vrgl. S. 104 der Annalen dieses Jahrganges „Berichtigungen") Nach dieser letzteren Ansicht wurde von dem Hofgericht des Seekreises schon in mehreren Fällen entschieden, namentlich in der Untersuchungssache gegen Maria Kurz von B. wegen Fälschung. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Es ist hergestellt, daß die Angeschuldigte eine Schuldurkunde über 425 fl. ausstellte und unterschrieb, worunter sich eine falsche Bürgschaftsurkunde, sodann eine falsche Beglaubigung des Rathschreibers und des Bürgermeisters, die zugleich eine Versicherung der Zahlungsfähigkeit des Bürgen, wofür sich wieder verbürgt und garantirt wird, enthält, mit zweimaliger Beidrückung eines falschen Gemeinsiegels gefertigt hat. Da die Beurkundung der Rechtheit von Unterschriften nicht Sache des Rathschreibers und Bürgermeisters ist; da ferner die Beurkundung der Zahlungsfähigkeit eines Ortsbürgers nicht vom Bürgermeister allein, sondern vom Gemeinderath auszugehen hat; da endlich die von Seite des Bürgermeisters übernommene Bürgschaft und Garantie lediglich die Uebernahme einer

Privatverbindlichkeit enthält; — so erscheinen die als von diesen Personen ausgestellt sich darstellenden, wenngleich mit dem Gemeinsiegel versehenen Erklärungen als keine öffentlichen Urkunden, weil hiezu erforderlich ist, daß sie von solchen öffentlichen Beamten oder öffentlichen Behörden in der gesetzlich bestimmten Form gefertigt worden sind, welche zu ihrer Abfassung berechtigt sind. L.R.S. 1317. Da jedoch lediglich auf die falschen Urkunden hin nicht aber auf die ächte Schuldurkunde der Angeschuldigten, welche keinen Credit hat, Thomas Schlegel bewogen wurde, das Darlehen vorzustrecken, so ist klar, daß durch die Fälschung ein Betrug bezweckt und verübt worden ist, und daher die Strafbestimmungen der §§. 430. 443 St.G.B. zur Anwendung kommen müssen. Haager.

VIII.

Ein Geschworener, der als Mitglied des Gemeinderaths das Leumundszeugniß für einen Angeschuldigten unterzeichnet hat, ist verpflichtet, dem Schwurgerichtshof vor der Verloosung dieses Verhältniß anzuzeigen und berechtiget die Befreiung von dem Dienste als Geschworener in der betreffenden Sache zu fordern.

§. 71 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.
§. 151 St.Pr.O.

In der Anklagesache gegen G. F. hat der Hauptgeschworene Bürgermeister Gleichauf von D. um Befreiung von dem Dienste als Geschworener, weil er als Vorstand des Gemeinderaths von D. das Leumundszeugniß für den Angeklagten mit unterzeichnet hatte. Von dem Schwurgerichtshof des Seekreises wurde

in Erwägung, daß in der vorliegenden Untersuchungssache ausweislich der Akten von dem Gemeinderath zu D., dessen Vorstand Bürgermeister Gleichauf ist, ein Zeugniß über den Leumund des Angeklagten erhoben und von dem Gemeinderathe der Mitunterschrift des Bürgermeisters Gleichauf abgegeben worden ist; —

in Erwägung daß nach §. 151 der St.Pr.O. und nach der Stellung dieses Paragraphen in dem Titel XV. der St.Pr O. der von der Vernehmung der Zeugen handelt, das schriftlich abgegebene Zeugniß dem mündlichen im Wesentlichen gleich geachtet ist; —

in Erwägung, daß Bürgermeister Gleichauf auf den Grund obigen Verhältnisses seine Befreiung vom Dienste als Geschworener in der vorliegenden Sache gefordert hat; nach Ansicht des §. 71 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 und der §§. 20 und 26 der St.Pr.O.

erkannt,

daß Bürgermeister Gleichauf von dem Dienste als Geschworener in der Anklagesache gegen G. F. zu befreien sei. Haager.

IX.

Curiosum.

Eines Abends hörte der ledige J. K. argen Lärm im Hause seines Schwagers J. A. und begab sich dahin um Ruhe zu stiften, weil er Grund hatte zu vermuthen, daß seine Schwester, wie schon mehrmals geschehen, durch ihren dem Trunke ergebenen Mann mißhandelt werde.

J. K. fuhr den im Hausgange betretenen J. A. mit den Worten an: Bist du wieder besoffen u. s. w., worüber es zu Thätlichkeiten kam, bei welchen Ersterer am rechten Oberarm bedeutend verletzt wurde.

Der hierwegen zu Kreisgefängniß verurtheilte J. A. recurrirte, um eine gelindere Strafe zu erwirken, und trug durch seinen Anwalt unter anderem vor:

> Es ist begreiflich, daß J. K. den Angeschuldigten durch diese Anrede (bist du wieder rc.) aufs höchste gereizt hat, um so mehr als J. K. der jüngere Schwager dem Angeschuldigten, als dem älteren, mit einer gewissen Ehrerbietung zu begegnen schuldig ist!

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 35. Mannheim, 25. August 1855.

I.

Aphorismen aus dem Wechselrecht.

§. 1.

1. Der gezogene Wechsel.

Der gezogene Wechsel ist eine Urkunde, in welcher der Aussteller (Zieher) den Bezogenen beauftragt, eine bestimmte Summe an eine dritte Person oder an deren Ordre zu zahlen, verbunden mit dem stillschweigenden (nicht ausgedrückten) Versprechen des Ausstellers, daß der Bezogene den Auftrag annehmen und vollziehen werde.

Für denjenigen, zu dessen Gunsten der gezogene Wechsel ausgestellt ist (für den Remittenten), ist dieser eine Vollmacht, die ihn zur Erhebung der darin ausgedrückten Summe bei dem Bezogenen ermächtigt.

§. 2.

In seinen Grundmerkmalen stimmt der gezogene Wechsel überein mit der Anweisung und mit dem Creditbrief; denn auch diese enthalten den Auftrag des Ausstellers an den Adressaten, eine bestimmte Summe an eine dritte Person zu zahlen; auch diese enthalten für diese dritte Person die Vollmacht zur Erhebung der bestimmten Summe bei dem Adressaten. Sie unterscheiden sich jedoch darin von dem gezogenen Wechsel, daß bei ihnen nicht wie bei diesem unterstellt wird, der Aussteller habe versprochen, daß der Adressat den Auftrag annehmen und vollziehen werde. Es gibt freilich Particulargesetze, welche auch bei der Anweisung von der gleichen Unterstellung ausgehen; und hier nähert sich die Anweisung dem Wechsel so sehr, daß zwischen beiden Instituten nur wenige Unterscheidungen übrig bleiben.

§. 3.

2. Der eigene Wechsel.

Der eigene Wechsel ist eine Urkunde, in welcher der Aussteller an den Remittenten oder dessen Ordre eine bestimmte Summe zu zahlen verspricht. In seinem Grund-Character stimmt der eigene Wechsel mit dem gewöhnlichen Schuldschein überein, und unterscheidet sich von demselben nur durch einige eigenthümliche Wirkungen, welche den Wechseln überhaupt gemein sind.

§. 4.

Eigenthümlichkeit der Wechsel.

1. Persönlicher Verhaft.

Nach altem Herkommen hat der Wechsel die besondere Folge, daß der Wechselschuldner mittels persönlichen Verhafts zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angehalten werden kann. In den Ländern des französischen Rechts findet zwar diese Vollstreckungsart in Bezug auf alle Handelsverbindlichkeiten statt, und nach diesem Grundsatz trat bei eigenen Wechseln der persönliche Verhaft insofern ein, als sie entweder für Handelsgeschäfte oder von Handelsleuten ausgestellt waren. Seit Einführung der deutschen Wechselordnung findet aber der persönliche Verhaft bei allen Wechselverbindlichkeiten statt.

§. 5.

2. Leichte Uebertragbarkeit.

Eine andere Eigenthümlichkeit der Wechsel ist die leichte Uebertragbarkeit derselben mittels Indossirung. Alle andere Forderungen werden mittels der Cession übertragen, welche wenigstens nach französischem Civilrechte, erst von der Zeit an wider den Schuldner wirksam ist, als sie diesem eröffnet oder von ihm angenommen worden ist. Die Wirksamkeit wider dritte Personen hängt sogar von der öffentlichen Beurkundung der Eröffnung der Cession an den Schuldner ab. Die Indossirung der Wechsel bedarf dieser Förmlichkeiten nicht; sie genügt an und

für sich, nicht allein um die Wechselforderung auf den Indossatar zu übertragen, sondern auch dieser Uebertragung Wirksamkeit wider jeden Dritten zu verleihen.

§. 6.

3. Schnelle Rechtshülfe.

In den meisten deutschen Staaten gewähren Wechsel dem Gläubiger den Vortheil der schnellsten Rechtshülfe, wofür sogar ein besonderes Verfahren, der s. g. Wechselprozeß besteht. In dreifacher Beziehung weicht dieser von dem gewöhnlichen Verfahren ab, indem

1) alle Fristen viel kürzer sind,
2) Einreden nur zugelassen werden, insoweit sie durch Urkunden oder durch den Haupteid erweislich sind,
3) und die Urtheile, angemeldeter Rechtsmittel ungeachtet, vollstreckt werden können.

§. 7.

Rechtsverhältniß

1. bei eigenen Wechseln.

Der Wechsel ist eine Urkunde, d. h. durch denselben wird ein Rechtsverhältniß beurkundet, und es ist die Aufgabe der Wissenschaft, dieses Rechtsverhältniß aufzufinden und festzustellen. Bei dem eigenen Wechsel unterliegt dies keiner Schwierigkeit, da aus dem Inhalt desselben hervorgeht, daß der Aussteller sich verbindlich macht, eine bestimmte Summe zu einer bestimmten Zeit an den Remittenten zu zahlen. Hiernach wird durch den eigenen Wechsel ein einfaches Schuldverhältniß, ähnlich dem aus einem gewöhnlichen Schuldschein begründet. Schuldner ist der Aussteller, Gläubiger der Remittent, Gegenstand der Schuld ist eine bestimmte Geldsumme, die an einem bestimmten Tag zu zahlen ist. Die Abweichungen von dem Schuldschein oder die Eigenthümlichkeiten des Wechsels sind oben in den §. 4. 5. 6. angegeben; doch ist hier beizufügen, daß während bei andern Urkunden über einseitige Verbindlichkeiten die Rechtsursache (causa) angegeben werden muß, widrigenfalls sie als stumme Urkunden entweder gar nicht oder wenigstens nicht vollständig beweisen, dies bei eigenen Wechseln nicht nothwendig ist.

Wechselordnung Art. 96.

Das französische Wechselrecht verlangt dagegen die Angabe, wie der Werth berichtigt wurde.

Code de c. Art. 188.

§. 8.

2. bei gezogenen Wechseln.

Wer einen gezogenen Wechsel aufmerksam liest, wird alsbald darin einen Auftrag des Ausstellers an den Bezogenen finden, dahin gehend, dem Remittenten eine bestimmte Summe an einem bestimmten Tag zu zahlen. Der Auftrag ist daher der Grund Charakter des gezogenen Wechsels. Der Aussteller ist Auftraggeber (Mandant), der Bezogene ist der Beauftragte (Mandatar) und der Remmittent derjenige, zu dessen Gunsten der Auftrag ertheilt wurde. Für diesen ist daher der gezogene Wechsel die Urkunde, welche ihn legitimirt, bei dem Bezogenen den darin benannten Betrag zu erheben, mithin eine Vollmacht zur Erhebung einer bestimmten Summe. Alles dieses geht aus dem Inhalte der Urkunde hervor; es bedarf dazu keiner künstlichen, keiner weither geholten Auslegung. Damit sind aber die Merkmale des ganzen gezogenen Wechsels nicht erschöpft; es kommt nämlich noch die Garantie hinzu, welche der Aussteller (stillschweigend) dahin übernimmt, daß der Bezogene den erhaltenen Auftrag annehmen und vollziehen werde. Diese Garantie gibt dem gezogenen Wechsel einen besondern Werth für den Handel, weil der Inhaber erst dadurch den Rückgriff auf den Aussteller für den Fall, wenn der Bezogene die Annahme oder Zahlung verweigern sollte, erhält.

Der gezogene Wechsel kann demnach betrachtet werden:

1) als ein Auftrag des Ausstellers an den Bezogenen, dem Remittenten eine bestimmte Geldsumme zu einer bestimmten Zeit zu zahlen,
2) als eine Vollmacht für den Remittenten zur Erhebung dieser Geldsumme,
3) als eine Verbürgung des Ausstellers dafür, daß der Bezogene den Auftrag annehmen und vollziehen werde.

§. 9.

Fortsetzung.

Das Rechtsverhältniß der verschiedenen, bei dem gezogenen Wechsel vorkommenden Personen läßt sich aus dem Vorhergehenden ohne Schwierigkeit dahin bestimmen:

1) Der Aussteller ist, dem Bezogenen gegenüber, Auftraggeber und haftet als solcher für die Zahlung, welche der Bezogene in seinem Auftrag geleistet hat; er muß dessen etwaigen Vorschuß verzinsen

und ihm die übliche Gebühr für Ausführung des Auftrags zahlen. Außerdem ist der Aussteller, dem Remittenten gegenüber, Bürge und haftet diesem für den Fall, wenn der Bezogene entweder die Annahme oder die Zahlung verweigert. Diese Bürgschaft unterscheidet sich aber von der gewöhnlichen Bürgschaft einmal dadurch, daß dem Aussteller weder die Einrede der Vorausklage noch die der Theilung (exceptio concussionis und divisionis) zusteht, weßhalb das französische Recht ihn garant solidaire (solidarischen Bürgen) nennt; dann aber auch dadurch, daß die Thatsache der Weigerung des Bezogenen durch eine öffentliche Urkunde (Protest) dargethan werden muß, endlich dadurch, daß die Klage in sehr kurzer Zeit verjährt.

2) Der Bezogene ist der Mandatar des Ausstellers. So lange er das Mandat nicht angenommen hat, ist er zu Nichts verbunden. Erst durch die Annahme tritt er in das durch den gezogenen Wechsel begründete Verhältniß ein, und wird alsdann Hauptschuldner. Zahlt er den Wechsel, so hat er für seine Auslagen, Zinsen und übliche Provision die Mandatsklage wider den Aussteller, wenn nicht etwa für dritte Rechnung gezogen wurde.

3) Der Remittent erhält durch den gezogenen Wechsel die Vollmacht, den Wechselbetrag bei dem Bezogenen zu erheben. Der Aussteller haftet ihm dafür, daß der Bezogene den Wechsel annimmt und zahlt. Wenn dieser entweder die Annahme oder die Zahlung verweigert, so hat der Remittent die Wechselrückgriffsklage gegen den Aussteller, vorausgesetzt, daß die Nichtannahme oder die Nichtzahlung durch den zur rechten Zeit erhobenen Protest constatirt wurde. Die Rückgriffsklage wegen verweigerter Annahme geht nur auf Sicherheit; Wechselordnung Art. 25; ist dagegen die Zahlung verweigert, so kann der Wechselbetrag nebst Zinsen, Kosten und Provision begehrt werden. Art 50.

Demnach ist der Remittent Gläubiger, der Bezogene, wenn er acceptirt hat, Hauptschuldner, der Aussteller sammtverbindlicher Bürge.

§. 10.

Wechsel für dritte Rechnung.

Dieses Verhältniß ändert sich bei Wechseln, die für dritte Rechnung gezogen werden, jedoch nur in Bezug auf den Aussteller. Ist dieser bei gewöhnlichen Wechseln Mandant und haftet er als solcher dem Bezogenen für dessen Auslagen, Zinsen u. s. w., so ist dagegen bei Wechseln, die für dritte Rechnung gezogen werden, dieser Dritte, für dessen Rechnung gezogen wird, der Mandant des Bezogenen, an welchen dieser die Vergütung seiner Auslagen anzusprechen hat, vorausgesetzt natürlich, daß der Bezogene davon, daß der Wechsel für dritte Rechnung gezogen wurde, unterrichtet ist, und seine Zustimmung für diesen den Wechsel anzunehmen und zu zahlen, entweder ausdrücklich oder stillschweigend gegeben hat. Abgesehen von dieser Beziehung zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen ist das Rechtsverhältniß durchaus das Nemliche, wie oben angegeben, d. h. der Remittent ist Gläubiger, der Bezogene, wenn er acceptirt hat, Schuldner und der Aussteller sammtverbindlicher Bürge.

§. 11.

Annahme (Accept).

Der gezogene Wechsel enthält einen Auftrag des Ausstellers an den Bezogenen, dem Remittenten eine bestimmte Summe an einem bestimmten Tage zu zahlen. Es hängt natürlich von dem Bezogenen ab, ob er diesen Auftrag annehmen will oder nicht. Hat er sich im Voraus mündlich oder schriftlich hiezu bereit erklärt, so ist er allerdings an seine Zusage gebunden, und würde dem Aussteller entschädigungspflichtig, wenn er sich später weigern wollte, sie zu erfüllen — selbst der Remittent könnte nach den Grundsätzen des französischen Civilrechts Art. 1121. 1166 auf Erfüllung oder Entschädigung klagen. Aber eine Wechselverbindlichkeit des Bezogenen entsteht erst durch Beurkundung der Annahme auf den Wechsel selbst. Wechselordnung Art. 21. Durch diese auf den Wechsel beurkundete Annahme wird der Bezogene Hauptschuldner des Remittenten, mithin verpflichtet, den Wechsel bei Verfall einzulösen. Weigert er sich dessen, so kann gegen ihn die eigentliche Wechselklage, gegen den Aussteller dagegen nur die subsidiäre oder Regreßklage gerichtet werden.

§. 12.

Indossament.

Aus der obigen Darstellung geht hervor, daß sowohl bei dem eigenen, wie bei dem gezogenen Wechsel der Remittent Wechselgläubiger ist; er hat bei dem eigenen Wechsel die direkte, bei dem gezogenen die Regreßklage gegen den Aussteller, wenn der Wechsel bei Verfall nicht be-

zahlt wird — er hat ferner, wenn der gezogene Wechsel acceptirt ist, die direkte Klage auf Zahlung des Wechsels gegen den Bezogenen. Diese seine Rechte kann er auf Andere übertragen; geschieht diese Uebertragung auf dem Rücken (in dorso) des Wechsels, so wird sie Indossament genannt. W.O. Art. 11.

Die allgemeine Wechselordnung hat im Interesse des Verkehrs diese Art der Uebertragung so sehr von allen Formen entkleidet, daß die Namensunterschrift allein auf der Rückseite der Urkunde genügt. Art. 12. Das französische Wechselrecht ist in dieser Beziehung viel strenger, es verlangt außer der Unterschrift des Cedenten nicht allein den Namen des Cessionars und das Datum, sondern sogar die Angabe, wie der Werth berichtigt wurde, code de c. Art. 137, eine Vorschrift, welche allerdings in der Erfahrung als unangemessen befunden wurde.

§. 13.

Wirkung des Indossaments.

Das Indossament bewirkt:

1) zunächst die Uebertragung der Rechte des Indossanten an den Indossatar. Wechselordnung Art. 10. Es ist schon oben (§. 5) erwähnt, daß es nicht der sonst für Cessionen vorgeschriebenen Förmlichkeiten bedarf, um dem Indossament volle Wirksamkeit, sowohl dem Schuldner, wie auch dritten Personen gegenüber zu verschaffen; vielmehr tritt vom Augenblick der Indossirung der Indossatar an die Stelle des Indossanten.

2) Der Indossant übernimmt stillschweigend, d. h. ohne daß dieses in dem Indossament ausgedrückt ist, dieselbe Garantie für Annahme und Zahlung des Wechsels, wie der Aussteller. Will er diese Verbindlichkeit nicht übernehmen, so muß er dieß in dem Indossament ausdrücklich durch Beifügung eines Vorbehalts, wie z. B. „ohne Gewährleistung" oder „ohne Obligo" bemerken. Wechselordnung Art. 14.

Demnach tritt der Indossatar nicht allein in die Rechte, welche dem Remittenten bereits zugestanden haben, sondern er erhält auch ein neues Recht wider diesen und zwar in derselben Art und in demselben Umfang, wie es dem Remittenten gegen den Aussteller zustand. Auch hier weicht das deutsche Wechselrecht von dem französischen ab, indem nach dem letztern der Aussteller auch dann für die Zahlung des Wechsels haftet, wenn der Protest versäumt wurde, insoweit er nicht beweist, daß er dem Bezogenen Deckung gemacht hat.

Code de c. Art. 170,

während nach der allgemeinen Wechselordnung Art. 41 auch der Regreß wider den Aussteller durch Versäumung des Protestes verloren geht.

§. 14.

Blanko-Indossament.

Indem das Gesetz bei jedem Indossament dieselbe Garantie unterstellt, hat der Wechselinhaber ebensoviel Garanten als Indossanten; die Sicherheit des Wechsels steigt daher mit jedem Indossament, und der Wechsel, welcher seiner Bestimmung nach in Umlauf kommen soll, erhält sonach durch den Umlauf eine stets steigende Sicherheit. So sehr es nun auch im Interesse des Wechselverkehrs liegt, diese sinnreiche Steigerung der Sicherheit des umlaufenden Wechsels beizubehalten, so hat man dennoch nicht allein zugelassen, daß sich der einzelne Indossant ausdrücklich der Haftung entziehen kann (siehe oben §. 13), sondern man hat auch eine Art des Indossaments autorisirt, welche es möglich macht, den Wechsel ohne jede Garantie weiter zu begeben; die deutsche Wechselordnung Art. 12 gestattet nemlich abweichend von dem französischen Rechte, das Blanko-Indossament. Darunter versteht man ein Indossament, welches nichts weiter als die Namensunterschrift des Indossanten enthält. Dadurch wird der Wechsel zu einer Urkunde „auf Inhaber" (au porteur), d. h. sie hat kein Kennzeichen des Eigenthums mehr, jeder Inhaber ist vielmehr Eigenthümer. Sie kann nunmehr aus einer Hand in die andere übergehen, ohne daß irgend eine Spur des Uebertrags auf derselben ersichtlich ist, und es begreift sich daher von selbst, daß von einer Garantie des Uebertragenden keine Rede sein kann. Dagegen bleibt selbstredend die Garantie des Ausstellers nach wie vor bestehen; auch die auf dem Wechsel etwa befindlichen vollständigen Indossamente werden in ihren Wirkungen durch das nachfolgende Blanko Indossament nicht geschwächt; endlich haftet auch derjenige, welcher in blanco indossirt hat, wie jeder andere Indossant. Es ist auch jedem Wechselinhaber gestattet, das Blanko-Indossament auszufüllen und ihm dadurch die Eigenschaft einer Urkunde „auf Inhaber" zu entziehen. W.O. Art. 13.

§. 15.

Indossament in procura.

So wie man einen Wechsel „ohne Garantie" indossiren kann, eben so gestattet das Gesetz ein Indossament, welches nicht die Rechte des Indossanten auf den Indossatar überträgt, sondern diesen nur bevollmächtigt, alle bezüglichen Handlungen wie z. B. Einziehung des Wechselbetrags, Protesterhebung, Einklagung der Wechselschuldner „Namens des Indossanten" vorzunehmen, diese Art der Indossirung geschieht durch den Beisatz „zur Einkassirung" oder „in procura" oder eines ähnlichen Ausdrucks, aus welchen klar hervorgeht, daß der Indossant den Indossatar nur bevollmächtigen wollte. Wechselordnung Art. 17.

Das Rechtsverhältniß ist hier durch das Gesetz selbst mit hinreichender Bestimmtheit als Mandat (Bevollmächtigung) bezeichnet, wobei übrigens zu bemerken ist, daß der Bevollmächtigte wohl seine Vollmacht weiter übertragen, aber nicht den Wechsel mit voller Wirkung indossiren kann. (s. Absatz 3 des Art. 17.) Auch hier weicht unsere Wechselordnung von dem französischen Rechte ab: der code de commerce bestimmt nämlich in Art. 138, daß jedes Indossament, welches nicht der durch Art. 137 vorgeschriebenen Form entspricht, keinen Uebertrag bewirke, sondern nur als Bevollmächtigung gelte; dagegen nimmt die Praxis ganz allgemein an, daß der Bevollmächtigte zur weitern Indossirung berechtigt sei.

Pardessus, No. 354.
Persil, ad art. 138. No. 3.
Nouguier, No. 163.
Code de c. annoté par Gilbert ad art. 138. No. 28.

II.

Wie ist das vorübergehende Ausbleiben eines Geschworenen aus Versehen — zu ahnden?

§. 61 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851.

Der §. 67 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 bedroht denjenigen Geschworenen mit einer Strafe von 25—200 fl., welcher ohne genügende Entschuldigung:

a) auf die an ihn ergangene Ladung ausbleibt, oder
b) sich vor Beendigung der Sitzungen ohne genügende Entschuldigung entfernt.

Diese Strafen werden hiernach durch den Ungehorsam des Geschworenen verwirkt, wie soll es aber gehalten werden, wenn ein Geschworener aus Versehen oder Irrthum nicht rechtzeitig oder in einer einzelnen Sitzung nicht erscheint? Diese Frage lag dem Schwurgerichtshofe des Unterrheinkreises im 3. Quartal d. J. zur Entscheidung vor, als ein Geschworener in einer ausnahmsweise noch auf den Nachmittag nach einer Vormittagssitzung zur Verhandlung eines kleineren Falles anberaumten Sitzung nicht erschienen war und in der am Vormittage des anderen Tags folgenden Sitzung sich damit entschuldigte, daß er auf diese Nachmittagssitzung nicht aufmerksam gemacht worden sei, und unterlassen habe, in der Tagesordnung nachzusehen.

Es versteht sich von selbst, daß der gehörig geladene Geschworene, welcher bei der Bildung des Schwurgerichts — ohne entschuldigt zu sein — nicht anwesend ist, als ungehorsam angesehen und behandelt werden muß. Wenn er aber noch in derselben oder in der nächsten Sitzung erscheint, seine Verspätung oder sein vorübergehendes Ausbleiben mit Irthum oder Versehen entschuldigt oder nach §. 69 des Einf.Ges. deßhalb um Wiederherstellung gegen das erlassene Straferkenntniß bittet, so kann, wenn ein Irthum oder Versehen als Ursache der Verspätung oder des früheren Ausbleibens wahrscheinlich ist, die für den Ungehorsam berechnete Strafe nicht aufrecht erhalten, sondern nur eine Ordnungsstrafe, je nach Verhältniß ein Verweis oder eine Geldstrafe — erkannt werden.

Man wird freilich einwenden, dem Gerichtshof kommt eine disciplinäre Strafgewalt gegen die Geschworenen nicht zu, er kann also nicht eine Ordnungsstrafe von beliebigem Betrage, sondern nur die im mindesten und höchsten Betrag durch §. 67 des Einf.Ges. bezeichnete Ungehorsamsstrafe gemäß §. 69 desselben erkennen.

Streng genommen ist dem allerdings so, allein es wird der Billigkeit entsprechen, hier die geringere Strafgewalt als in der größeren enthalten, gelten zu lassen.

Man kommt sonst in die Lage, daß man entweder nur verhältnißmäßige Härte oder völlige Nachsicht üben muß: denn die für den Ungehorsam bemessene Strafe des §. 67 ist — wie schon erwähnt — auch in ihrem niedersten Betrage für ein einfaches Versehen zu hoch, wenn man aber eine Strafe unter diesem geringsten Betrage

nicht als Ordnungsstrafe aussprechen dürfte, so würde ein solches Versehen, welches immer die Ordnung stört, ungeahndet hingehen müssen, man würde dasselbe nicht als Ungehorsam bestrafen dürfen, und dann solchen Ordnungswidrigkeiten gar nicht mehr steuern können. Unter diesen Verhältnissen muß man einen Ausweg finden, auf welchem das Aeußerste auf der einen und der andern Seite vermieden wird; einen andern als den oben bezeichneten gibt es aber nicht.

Elf.

III.

Ueber die §§. 227 und 232[a] des St.G.B.

In der Schrift — Die Verbrechen des neuen St.G.B. von 1848 sagt v. Kettenacker S. 54 Note 1: Die Lösung der Aufgabe des Richters, die Categorie von Körperverletzungen und die Strafscala derselben zu bestimmen — die an sich nicht leicht ist, — werden ihm die Gerichtsärzte, welche überall befragt werden müssen, nach Möglichkeit erschweren. Zweifelsohne haben sich indessen manche Untersuchungsrichter von der Richtigkeit dieser Bemerkung überzeugt. Auch in den Annalen von 1853 S. 227 ist angeführt, wie die Aerzte bei Beurtheilung der Frage über Krankheit, bleibenden Schaden und Arbeitsunfähigkeit divergiren werden. Schon im gewöhnlichen Leben kann man oft die Erfahrung machen, daß ein Arzt eine Krankheit oder Verletzung für sehr bedenklich und gefährlich erklärt, während ein anderer nicht derselben Ansicht ist. Der Unterschied beruht eben auf der subjektiven Auffassung des Falles, und den verschiedenen Theorien, von welchen die Aerzte ausgehen. — Wenn nun ein Gerichtsarzt fast jede Körperverletzung auf die bedenklichste Weise auffaßt, und immer alle Möglichkeiten einer Verschlimmerung vor Augen hat, beziehungsweise durch Vorbehalte deßhalb sich zu sichern bestrebt ist, so wird man regelmäßig bei vorgekommenen Streichen, Stößen, Stichen u. s. w. etwa ein vorläufiges Gutachten dahin lautend erhalten:

„ob eine Gesundheitsstörung eintreten wird, steht noch in Frage. Arbeitsunfähigkeit kann nicht gerade angenommen werden; dennoch dürfte der Verletzte genöthigt sein, 1 — 2 Tage sich der Arbeit zu entheben.“ —

oder:

„wenn auch eine Gesundheitsstörung nicht gerade die Folge dieser Mißhandlung ist, so kann doch mit Bestimmtheit angenommen werden, daß die Verletzte bei ihrer schwächlichen Constitution einige Tage arbeitsunfähig sein werde.“

Diese und ähnliche Gutachten liegen vor.

Im Endgutachten wird dann gewöhnlich mit Bezugnahme auf das vorläufige eine Arbeitsunfähigkeit von 2 bis 3 oder 3 bis 4 Tagen ausgesprochen. Dies hat nun zur Folge, daß manche geringfügige Schlägerei oder Rauferei, z. B. selbst unter Weibsleuten, die sich blutig geschlagen haben, als zur hofgerichtlichen Cognition gehörig behandelt werden muß (§. 225[a] oder 232[a] des St G.), wohin diese Fälle bei genauerer Prüfung nach der Categorie und Strafscala der Körperverletzungen nicht immer gehören würden, — ein Umstand, der berücksichtigungswerth ist, weil dadurch nicht nur eine Vermehrung der Geschäfte dem Obergerichte, sondern auch eine bedauerliche Vermehrung der Beeidigungen verursacht wird.

Um diesen entsprechend zu begegnen, dürfte nachstehende Betrachtung am Platze sein:

Wenn in dem vorläufigen Gutachten nach §. 30 der M.Sch.O. gesagt ist, es liege Krankheit oder bleibender Schaden vor; im Sinne des Gesetzes (§. 32 und 34 lc), oder es sei eines oder das andere nach vorhandenen Zeichen zu befürchten, so ist ein solcher Ausspruch allerdings maaßgebend, und somit die amtliche Competenz ausgeschlossen. Ein zweifelhaftes oder ausweichendes Gutachten aber, z. B. ob eine Gesundheitsstörung eintreten werde, stehe noch in Frage, und ähnliches entspricht den Vorschriften, wie ein solches abgegeben werden soll, nicht, und berechtigt zu dem Verlangen einer Vervollständigung oder näheren Begründung (§. 97 der St.Pr.O.), wo nicht zwischen vorläufigem und Endgutachten unterschieden ist. Annalen 1853 S. 46.

Der Ausdruck: Gesundheitsstörung ist überhaupt nicht entsprechend, weil es sich nicht blos um Verletzung der Gesundheit, sondern auch um jene des Körpers handelt. (Siehe v. Kettenacker l. c. S. 56 Note.) Indessen wird der Ausspruch der Aerzte bezüglich der Krankheit und des bleibenden Schadens weniger Veranlassung zu Zweifeln abgeben, als der rücksichtlich der Arbeitsunfähigkeit.

Nach dem St.G. §. 225 und §. 33 der W.Sch.O. gibt es eine allgemeine Unfähigkeit zu jeder Erwerbsthätigkeit und eine besondere zu Berufsarbeiten. Nicht jeder, der zu seinem Berufsgeschäfte unfähig geworden, ist es deßhalb auch bezüglich anderer Erwerbsthätigkeiten. Der §. 227 des St.G. umfaßt aber die Arbeitsunfähigkeit in beiden Beziehungen.

Aus einer Begutachtung, daß der Verletzte einige Tage arbeitsunfähig sei, kann man aber nicht entnehmen, ob sich diese Unfähigkeit nur auf die Berufsgeschäfte beziehe, oder sich auch auf jene zu jeder andern Gewerbsthätigkeit erstrecke. Erst wenn auch eine Unfähigkeit in letzterer Beziehung ausgesprochen wird, ist die amtliche Competenz nach §. 227 und 233* des St.G. ausgeschlossen.

Deßhalb dürfte es, um möglichst sicher zu gehen, gerathen sein, in dem Schreiben an den oder die Gerichtsärzte (§. 88. 108 der St.Pr.O. Annalen 1851 No. 21) wegen Besichtigung eines Verletzten die Aufforderung dahin ergehen zu lassen, vorläufig zu begutachten:

a) ob die Verletzung als lebensgefährlich zu betrachten sei, oder nicht (§. 30 der W.Sch.O.),
b) ob Krankheit, d. h. eine erhebliche Störung der normalen körperlichen und geistigen Funktionen vorliege, oder aus vorhandenen Zeichen zu fürchten sei; (§. 32 l. c.)
c) ob der Verletzte unfähig sei zu jeder Erwerbsthätigkeit, oder nur zur Fortsetzung seiner Berufsgeschäfte (§. 33 l. c.),
d) ob ein bleibender Schaden bewirkt oder zu fürchten sei. (§. 34.)

Diese Fragestellung, namentlich die Unterscheidung sub. c wird zur Folge haben, daß die Begutachtungen in präciserer Weise abgefaßt werden, daß man also über den Gerichtsstand weniger in Zweifel kommen wird, und daß nicht mehr Fälle von unbedeutendem Belange dem höhern Richter zur Aburtheilung vorgelegt werden müssen, wohin sie oft dem Sinne und Geiste des Gesetzes nach nicht gehören.

H.

IV.

Welche Wirkung hat es, wenn derjenige, der einen Eid zu schwören hatte, wegen zerrütteter Geisteskräfte ihn zu leisten nicht im Stande ist, und die Gegenpartei schon im Laufe des Rechtsstreits hievon Kenntniß erhalten hat?

In Sachen der Wunibald Münk'schen Eheleute gegen die Gantmasse des Jakob Küfer und die Spendpflege Schaffhausen, letztere Oberappellantin, Forderung und Vorzug betr., wurde vom großh. Oberhofgericht erkannt, daß der durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 20. April d. J. den Münk'schen Eheleuten auferlegte Eid nunmehr allein der Ehefrau abzunehmen sei.

Gründe:

Durch das Gutachten des Gerichtsarztes und durch ein pfarramtliches Zeugniß ist nachgewiesen, daß der den Wunibald Münk'schen Eheleuten auferlegte Eid wegen vorhandener Geistesschwäche des Wunibald Münk von diesem nicht geschworen werden kann. Es sind übrigens in diesem Falle weder die Voraussetzungen zur Anwendung des §. 562 Pr.O. vorhanden, noch kann von der Bestimmung des §. 563 Ziff. 1 daselbst Gebrauch gemacht werden. Die Münk'sche Ehefrau hat nämlich schon in den vordern Instanzen erklärt, daß ihr Mann wegen Geistesschwäche der Verhandlung des Rechtsstreits, zu dessen Führung er sie bevollmächtigte, nicht anwohnen und den zugeschobenen Eid nicht leisten könne.*) Da nun aber demungeachtet die Oberappellantin auf der Eideszuschiebung an Münk beharrte, ohne zuvor, wie es doch in ihrem Interesse lag, und ihr als beweispflichtigem Theil zuzumuthen war, sich zu vergewissern, daß sie sich derselben mit Erfolg bedienen könne, so muß sie es auf Rechnung ihres eigenen Verschuldens bringen, wenn sie jenes Beweismittels insoweit verlustig geht, als der Eid jetzt nur allein der Münk'schen Ehefrau abgenommen werden kann.

Hgr.

V.

Einwerfung.

Zur Erläuterung des L.R.S. 843.

Nach L.R.S. 843 bleiben nur jene Geschenke und Vermächtnisse von der Einwerfung befreit, welche dem

*) Es hätte daher der §. 372 P.O. zur Anwendung gebracht werden sollen. D. Eins.

Erben **ausdrücklich** (expressement) als ein Voraus außer seinem Erbtheil oder mit Entbindung von der Einwerfung gegeben wurden.

Die Worte des Artikels „Voraus, außer dem Erbtheil, Entbindung von rc." sind jedoch nicht unerläßlich (sacramentels, indispensables); es genügt, wenn die Absicht des Testirers oder Geschenkgebers aus dem Zusammenhang der getroffenen Verfügungen oder aus gleichgeltenden Ausdrücken hervorgeht.

Hierüber sind Doctrin und Praxis in Frankreich einig.

Rogron ad art. 843 a. C.
Gilbert ad art. 843 No. 24.

Schon Brauer (VI. S. 723) erklärt sich für die Urtheile der franz. Gerichte, welche auch eine unzweideutige Folgerung aus den Ausdrücken eines Willens oder eine stillschweigende Erlassung gelten lassen.

Diese Ansicht wurde jüngst auch von großh. Oberhofgerichte adoptirt, indem die Entscheidungsgründe zu dem Urtheil vom 29. Septbr. l. J. i. S. Kienz gegen Kienz unter anderem aussprechen: „Der L.R.S. 843 befreit nämlich jeden Erben von der Einwerfung des von dem Erblasser erhaltenen Geschenks, wenn ihm dasselbe ausdrücklich mit Entbindung von der Einwerfung gegeben worden ist, d. h. wenn die Absicht des Geschenkgebers, den Beschenkten von der künftigen Einwerfung zu befreien, entweder aus der Wortfassung der betreffenden Verfügung oder doch aus deren Sinn und Bedeutung sich unzweifelhaft ergibt." Zachariä, §. 633.

D. Red.

VI.

Appellationssumme.

Wenn ursprünglich die Klage einen Streitgegenstand, dessen Werth die Appellationssumme erreichte (§. 1126 P.O.) hatte, und wenn es zweifellos ist, daß, wäre der Klägerin dieser Streitgegenstand in einem Urtheil aberkannt worden, die Appellation nach §. 1127 Ziff. 4 d. P.O. bezüglich jedes einzelnen Theiles desselben zulässig gewesen wäre, so kann der Umstand, daß der Unterrichter nach §. 331 d. P.O. diesen Streitgegenstand in zwei Endurtheilen aberkannte und deßhalb die Appellation successive gegen beide Erkenntnisse eingeführt wurde, einen Grund nicht abgeben, der Klägerin das ihr sonst zukommende Recht der Berufung zu entziehen, wenn auch der Theil des Streitgegenstandes, welchen das letzte Urtheil aberkannte, die Appellationssumme nicht erreicht.

Annalen, 15. Jahrg. No. 46.

So erkannte das Hofgericht des Unterrheinkreises III. Civ.S. unterm 19. September d. Jahrs J. S. Gemeinde Rembach gegen Gemeinde Oertingen, Ausübung einer Schäferei betr.

v. Hillern.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 36. Mannheim, 1. September 1855.

I.

Findet die Klage auf Unterhalt eines vom Vater nicht anerkannten natürlichen Kindes gemäß Gesetz vom 21. Februar 1851 auch zu Gunsten einer von einem Inländer geschwängerten Ausländerin und ihres im Ausland geborenen Kindes Statt?

(Constitutionsedict VI. §. 2 und §. 13, L.R.S. 7. 11 und 13.)

Diese Frage, sehr practisch in unserem engbegrenzten Heimathland, das aus allen Nachbarstaaten seine Dienstmädchen, Bonnen und Choristinnen zu beziehen pflegt, wurde, wie es scheint, von mehreren Gerichten, namentlich auch in einem früher hier vorgekommenen Falle verneinend entschieden, indem man von der Ansicht ausging, daß das Gesetz vom 21. Februar 1851 nach seinem Grund und Zwecke, blos zur Erleichterung der Staatskasse und der Ortskassen hinsichtlich der stets wachsenden Last des Ernährungsbeitrags dienen solle, und demgemäß auf Fälle der oben bezeichneten Art keine Anwendung finden könne.

Die erwähnte Ansicht hält meines Erachtens die Probe nicht aus; unsere Frage wird aus folgenden Gründen bejahend zu entscheiden sein.

1) Der §. 2 des Gesetzes, welcher den Hauptgrundsatz enthält, sagt ganz allgemein: „Die Ernährung eines unehelichen, vom Vater nicht anerkannten Kindes liegt der Mutter, und im Falle ihrer Unvermöglichkeit Demjenigen ob, welcher die Mutter in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt des Kindes beschlafen hat.“ Eine Bestimmung, daß dieser Grundsatz nicht auf die im Inland *) von Inländern geschwängerten Ausländerinnen und deren im Ausland geborene uneheliche Kinder Anwendung erleiden solle, ist weder in diesem, noch in den folgenden Paragraphen beigefügt. Eine ausdrückliche Ausschließung der Ersteren ist daher nirgends im Gesetze zu finden.

2) Allerdings ist im zweiten Absatz des §. 2 bestimmt, daß aushilfsweise die allgemeinen Bestimmungen über die Unterstützung der Ortsarmen zur Anwendung kommen, und im §. 4 findet sich die Vorschrift, daß die Klage auf Unterhalt von einem besonders zu ernennenden Vormunde zu erheben ist, dieselbe auch den hilfsweise eintretenden Kassen zusteht, die Mutter aber jedenfalls dem Prozesse beitreten kann. Allein aus der ersteren und dem entsprechenden Theile der zweiten Bestimmung läßt sich nicht ableiten, daß stets ein solcher Fall vorhanden sein müsse, in welchem eine zur Unterstützung der Ortsarmen verpflichtete Kasse, und zwar eine Kasse des Inlandes, aushilfsweise einzutreten hätte; das Gesetz traf hiedurch nur geeignete Vorsorge, daß solchen Kassen wegen ihrer hilfsweisen Haftung die Klagerhebung unbestreitbar offen stehe, sofern nämlich haftbare Kassen überhaupt vorhanden und in Frage sind. Auch daraus, daß die Klagerhebung in erster Reihe einem zu diesem Zweck besonders zu ernennenden Vormunde übertragen, der Mutter nur der Beitritt gestattet wurde, läßt sich ebensowenig ableiten, daß der mehrerwähnte besondere Fall ausgeschlossen sein soll. Eine obrigkeitlich zu bestellende Vormundschaft, namentlich zu einem besonders vorgesehenen Zweck, setzt schon an und für sich nicht gerade nothwendig einen dem Inlande angehörigen Pflegbefohlenen voraus, da auch den im Inlande wohnenden Ausländern und nach Ausweiß des L.R.S. 417 *) sogar den im Auslande wohnenden,

*) Vergl. hiezu die letzte der nachfolgenden Noten. D. G.

*) Dieser Artikel, welcher im Code Napoléon sich auf die Colonien bezieht, ist im badischen Landrechte wesentlich abgeändert. D. G.

im Inlande begüterten Minderjährigen geeigneten Falls Vormünder bestellt werden; in unserem Falle handelt es sich aber um die Bestellung eines Vormundes zu einem ganz besonderen Zwecke, zum Zweck der Klagerhebung. Die Vorsorge für das Wohl des Kindes ist nicht der Grund, wenigstens nicht der nächste und wesentliche Grund, welcher den Gesetzgeber bestimmt hat, die Klage in erster Reihe einem Vormunde in die Hand zu geben, es geschah dies vielmehr, um der zu besorgenden Anstellung muthwilliger, nur auf Geldgewinn abzielender Klagen vorzubeugen, wie aus den folgenden Nachweisen klar zu entnehmen sein wird.

3) Vergleicht man nämlich die Begründung der Regierung zum Gesetz vom 21. Februar 1851 und die hierüber gepflogenen landständischen Verhandlungen, so wird man sicher zur Bejahung, nicht zur Verneinung unserer Frage geführt:

Im Eingang der genannten Begründung wird hervorgehoben, wie unsere Gesetzgebung bei der Einführung des französischen Civilrechts die Bestimmungen desselben über die Vaterpflichten gegen uneheliche Kinder und die für Letztere daraus fließende Härte auf verschiedene Weise zu mildern suchte (L.R.S. 340a und 762a) und wie außerdem die armen unehelichen Kinder vor anderen Armen des Landes dadurch begünstigt werden, daß die Staatskasse einen Beitrag zu ihrer Ernährung leisten muß, eine Last, die mit jedem Jahre gewachsen sei, und gegenwärtig nahezu hundert tausend Gulden betrage. Hierauf wird bemerkt: „Es ist dringend nothwendig, daß diese Intercession der Staatskasse in Verbindlichkeiten, die naturgemäß zunächst den Eltern obliegen, aufhöre, nicht nur, weil sie eine drückende Last für die Staatskasse ist, sondern auch, weil, wie die Erfahrung lehrt, die Unzucht dadurch begünstigt wird. Es ist ferner nothwendig, daß statt dieser Aushilfe der Staatskasse die Erfüllung der den Schuldigen obliegenden natürlichen Verbindlichkeit sicherer als bisher erzwungen werden kann. Zu diesem Zwecke bedarf es keiner Abänderung der Grundbestimmungen des Landrechts über die Vaterschaft, über die Anerkennung unehelicher Kinder und deren Folgen. Es bedarf nur einer Revision derjenigen Bestimmungen, welche von dem Rechte auf Ernährung handeln, und unabhängig sind von der Anerkennung. Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf ist dieses in der Weise geschehen, daß die in L.R.S. 762a ausgesprochene Regel von den Beschränkungen entbunden wurde, mit welchen sie hinsichtlich des Beweises der unehelichen Beiwohnung versehen ist. Zugleich wurde aber Sorge getragen, daß jenen Mißständen möglichst vorgebeugt werde, welche die Zulassung solcher Klagen im Gefolge hat, und welche hauptsächlich das Verbot derselben rechtfertigen sollen."

Zu näherer Begründung wird sodann weiter bemerkt: „Der uneheliche Beischlaf ist eine sowohl sittlich als rechtlich unerlaubte Handlung, deren Folgen das bürgerliche Recht so zu bestimmen hat, wie es nach den Anforderungen der öffentlichen Ordnung und des Staatsinteresses am zweckmäßigsten erscheint. Beide Theile haben zusammen ein Verbot übertreten, und eine Klage des Weibes gegen den Mann auf ihre eigene Schadloshaltung findet, weil sie mit ihm gefehlt, nicht Statt. Nur der nothdürftige Unterhalt des Kindes allein und zwar bis zu dem Zeitpunkte, wo es sich zur Noth selbst ernähren kann, ist in Frage. Dieser Unterhalt liegt allernächst der Mutter selbst ob, und nur wenn sie nicht hinreichende Mittel besitzt, kann der Beischläfer zum Eintritt in diese Verbindlichkeit angehalten werden."

Endlich wird weiterhin in Beziehung auf die unmittelbar vorher erwähnten „frivolen und speculativen Klagerhebungen" beigefügt: „Um diese zu verhüten, ist ferner festgesetzt, daß die Geschwängerte nicht selbst die Klage erheben darf, sondern daß dieses von einem Vormunde des Kindes geschehen muß, welcher frei von unlautern, selbstsüchtigen Motiven die Erhebung der Klage sorgfältiger in Ueberlegung nehmen wird."

Sowohl der vom Abgeordneten Stösser erstattete Commissionsbericht der zweiten Kammer, als auch der vom Hofgerichtspräsidenten Obkircher erstattete Commissionsbericht der ersten Kammer stehen, was unsere Frage betrifft, mit den obigen, vor Allem maßgebenden Aussprüchen der großh. Regierung selbst nicht in Widerspruch. In dem ersteren Berichte ist sogar geradezu bemerkt, der Gesetzesentwurf (welcher in seinen Hauptpunkten von der Mehrheit der Commission gebilligt wurde) beabsichtige das alte Recht, wie es vor Einführung des **Code Napoléon** bestand, wieder dahin herzustellen, daß er die Klage auf Ernährung des unehelichen vom Vater nicht anerkannten Kindes gegen den Schwängerer zuläßt, ohne eine vorausgehende, die Unzucht ermittelnde polizeiliche Untersuchung zu verlangen; die Klage sollte dem Vormunde des Kindes und den hilfsweise zu seiner Ernährung verpflichteten Kassen zustehen u. s. w. Worin das ältere badische Recht in Ansehung der unehelichen

Vaterschaft und der Pflicht zur Ernährung unehelicher Kinder bestand, ist im Eingang des Berichtes entwickelt, so daß über den Sinn jener allgemeinen Bemerkung wenig Zweifel statt finden kann. Gegen Ende des Berichtes wird, etwas abweichend von den Regierungsmotiven, die rechtliche Ansicht ausgesprochen: die Ernährungsklage gegen den Schwängerer müsse aus dem doppelten Motiv der aus der Erzeugung entspringenden natürlichen Pflicht und der Schadloshaltungspflicht aus Verbrechen und Vergehen abgeleitet werden. (Die bezügliche Abweichung in der rechtlichen Begründung ist jedoch in Bezug auf unsere Frage ohne wesentliche Bedeutung.)

Aus allen diesen Aussprüchen und nicht minder auch aus ähnlichen, allgemein und unbeschränkt lautenden Anführungen in dem in der ersten Kammer erstatteten Bericht, läßt sich deutlich entnehmen, daß die Pflicht zur Ernährung der unehelichen Kinder, die auch der zuletzt erwähnte Bericht als unzweifelhaft im natürlichen Recht begründet anerkennt, unter den im Gesetze selbst bestimmten Voraussetzungen ganz allgemein und unbeschränkt, nicht blos zum Vortheil des Inlandes und inländischer Kassen, zur Anerkennung oder vielmehr zur Wiederanerkennung gebracht werden sollte. Es ist daher überall kein Grund und keine Berechtigung vorhanden, die von Ausländerinnen und im Auslande geborenen Kinder von Inländern von der Wohlthat des Gesetzes auszuschließen.

4) Eine solche Ausschließung würde auch mit den Vorschriften des sechsten Constitutionsediktes §. 2 und 13 und des L.R.S. 7. 11 und 13 über die bürgerlichen Rechte der Fremden in grellem Widerspruche stehen.

Nach lit. h und i des angef. §. 2, sowie §. 13 des Constitutionsediktes hat der Fremde namentlich das Recht, wegen aller persönlichen Verbindlichkeiten, welche badische Staatsgenossen irgendwo, oder welche Fremde innerhalb des Landes durch erlaubte oder unerlaubte Handlungen, gegen ihn auf sich geladen haben, dieselben mit der gleichen Wirkung, die den Staatsangehörigen im Gesetze gegönnt ist, zu Recht zu fordern. Dieses Recht ist durch die Bestimmungen des Landrechts nicht aufgehoben, sondern in der Hauptsache bestätigt worden. Vrgl. I. Einf.-Edikt Art. XVIII.

Wenn in Ansehung der blos positiv-bürgerlichen Rechte, wie z. B. der Erbschaftsrechte, durch den L.R.S. 11 der internationale Grundsatz der Gegenseitigkeit (Reciprocität) mehr in den Vordergrund gestellt würde, als es früher der Fall war (lit. l des mehrerwähnten §. 2 des Constitutionsedikts), so steht doch in Bezug auf die natürlich-bürgerlichen Rechte, wozu Ansprüche aus persönlichen Verpflichtungen, namentlich auch aus Vergehen oder unrechten Thaten, unbestreitbar gehören, immer noch der Grundsatz fest, daß die Ausländer überall die nämlichen Rechte genießen, wie die Inländer.

Stabel's Vorträge über das franz. und badische Civilrecht, §. 17 und besonders §. 22.

A. Mayer's Vorträge über die allgemeinen Lehren des franz. und badischen Civilrechts §. 27 Z. 4.

Zachariä's Handbuch Bd. I. §. 76—78.

Brauer's Erläuterungen Bd. I. S. 70 u. 80.

In unserem Falle liegt aber eine persönliche Verpflichtung aus einem Vergehen im landrechtlichen Sinne, die schon im natürlichen Rechte begründete, vom Gesetze von Neuem anerkannte Pflicht zur Ernährung unehelicher Kinder in Frage, eine Pflicht, die einmal vom Gesetze anerkannt, auf Ausländer wie auf Inländer geeigneten Falls Anwendung finden muß, mag man bei der allgemeinen rechtlichen Begründung der Verbindlichkeit von diesem oder jenem Gesichtspunkte ausgehen. Daß die Gesetzgebung in Bezug auf den Beweis der Erzeugung sich an die entscheidende Thatsache des Beischlafes zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß hielt, ohne die natürlich unmögliche nähere Erforschung über die Erzeugung zu fordern*) und zuzulassen, rechtfertigt sich durch die Natur der Dinge selbst und kann das Wesen der in Frage stehenden, im natürlichen Rechte begründeten Verbindlichkeit nicht ändern.**)

*) In Bezug auf die Haftbarerklärung der einzelnen Beischläfer weist Obkircher in seinem Berichte auf die bei der Theilnahme Mehrerer an einem Raufhandel geltende Regel hin (Peinl. G.O. Art. 148 und St.G.B. §. 239 Ziff. 5), eine Vergleichung, deren Richtigkeit dahin gestellt bleiben mag.

D. E.

**) Auch in dem Falle, wenn ein Inländer im Auslande eine Ausländerin geschwängert hat, muß nach dem jetzt geltenden Rechte die Klage gegen den Inländer nach Maßgabe des badischen Gesetzes insofern mindestens zugelassen werden, als nach dem Rechte des Auslandes eine solche (oder eine noch weiter gehende) Klage ebenfalls statthaft erscheint. Sechstes Constitutionsedikt, §. 13 Stabel's Vorträge über franz. und bad. Civilrecht §. 17, Schluß, §. 22 II.

D. E.

5) Bei der Betrachtung des Gesetzes vom 21. Februar 1851 ist aber auch der Gesichtspunkt der Sittlichkeit nicht außer Acht zu lassen. Die Gesetzgebung vom Jahr 1851 war in mehrfacher Beziehung bemüht, die Anforderungen der Sittlichkeit, die Wahrheit und Treue, die Achtung vor dem Gesetz, in unserem Rechtsleben mehr als bisher zur Geltung zu bringen, und auch in jenem Gesetze tritt dieses Bemühen hervor, wie auch in der Begründung der Regierung angedeutet ist, indem der uneheliche Beischlaf als „eine sowohl sittlich als rechtlich unerlaubte Handlung" bezeichnet ist; es verdient daher der sittliche Gesichtspunkt ebenfalls sorgsame Betrachtung, und es wäre eine Versündigung gegen den Geist der Gesetzgebung, wenn man das Gesetz blos vom fiskalischen Gesichtspunkt aus auffassen und erklären wollte.

Wie könnte es aber vom Gesichtspunkt der Sittlichkeit (sowie der Gerechtigkeit) dem Gesetzgeber zugetraut werden, daß er in Bezug auf eine von ihm als sitten- und rechtswidrig anerkannte Handlung nur dem Inländer, nicht auch dem betheiligten Ausländer Schutz und Ersatzanspruch gewähren wollte?

6) Durch die bisherigen Ergebnisse unserer Untersuchung ist zur Genüge nachgewiesen, daß die angeregte Frage entschieden bejaht werden muß. Es bleibt noch eine Nebenfrage zu beantworten, nämlich die: wie es bei dem außer Landes geborenen Kinde der Ausländerin in einem Falle der unterstellten Art hinsichtlich der gesetzlich geforderten Ernennung eines besonderen Vormundes zur Klagerhebung gehalten werden soll? Dieser Punkt wird sich einfach dahin erledigen, daß der gewöhnliche Vormund des Kindes die Klage erhebt, indem er um gerichtliche Bestellung, beziehungsweise Bestätigung seiner Person als Vormund zur Klagerhebung, und sofern Umstände gegen seine Person obwalten sollten, um Bestellung einer anderen tauglichen Person bittet, auch geeigneten Falls bezügliche Vorschläge der Heimathsbehörden entweder sogleich beibringt oder veranlaßt. Auf solche Weise wird sowohl dem Wortlaut als dem Sinne des Gesetzes Genüge geschehen.

Es verdient noch bemerkt zu werden, daß nach dem Regierungsentwurf die bezügliche Bestimmung so gefaßt war: „Die Klage auf Unterhalt ist von einem Vormunde zu erheben." Die abweichende Fassung findet sich erst im Beschlusse der zweiten Kammer. Eine Ausschließung des gewöhnlichen Vormundes wurde wohl bei dieser Fassungsänderung nicht beabsichtigt, man wird vielmehr nur eine weitere Bürgschaft gegen den von Vielen sehr gefürchteten Mißbrauch des Klagrechtes hierin zu suchen haben, insofern in einzelnen Fällen der gewöhnliche Vormund eine minder geeignete Person seie, die Wahl einer anderen unbefangenen Person daher wünschenswerth erscheinen kann, wie z. B. in dem Falle, wenn der Vormund selbst als einer der Beischläfer oder wie sonst mitbetheiligt scheinen würde.

Eduard Brauer.

II.

Wenn mehrere Miteigenthümer ihre gemeinsame Liegenschaft für die Schuld des Einen Miteigenthümers verpfändet haben, so können die anderen im Wege der Intervention verlangen, daß der Erlös des Pfandobjekts vorerst zur Tilgung der Pfandschuld verwendet werde, und daß erst, nachdem dieß geschehen ist, der Gläubiger Befriedigung für seine anderen Forderungen aus dem Antheile des eigentlichen Schuldners fordern dürfe.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Klage des Handlungshauses Ladenburg und Söhne gegen die Gemeinde Nonnenweier, welche Befriedigung der Kläger aus dem Ablösungskapitale des Nonnenweierer Zehntens zum Gegenstande hat, stützt sich auf zwei verschiedene Forderungen des klagenden Handlungshauses.

Die eine dieser Forderungen besteht in einer Schuld des Freiherrn Friedrich von Böcklin zu 17,594 fl. an das klagende Handlungshaus, und hiefür greift dasselbe kraft richterlicher Zuweisung auf das besagte Ablösungskapital, soweit es dem genannten Schuldner gehört. Die andere Forderung dagegen besteht aus einer Pfandschuld der Freiherrn Friedrich und Leopold von Böcklin an die allgemeine Versorgungsanstalt, bei welcher auch Frhr. Emil v. Böcklin insofern betheiligt ist, als das den drei genannten Grundherrn gemeinsam gehörige Zehntablösungskapital von Nonnenweier für diese im Jahre 1837 entstandene-

Forderung, welche im Jahre 1853 durch Rechtsübertragung an das Handlungshaus Ladenburg übergegangen ist, zu Unterpfand eingesetzt wurde. Hierwegen wird kraft Pfandrechts das Zehntablösungskapital in Anspruch genommen.

Auf dieses thatsächliche und rechtliche Verhältniß gestützt, sind die beiden Brüder Freiherrn Leopold und Emil v. Böcklin in dem zwischen dem Handlungshause Ladenburg und der Gemeinde Nonnenweier obschwebenden Rechtsstreit wegen Ausfolgung des Zehntablösungskapitales im Wege der Intervention eingetreten.

Die Richtung dieser Intervention ist nicht die, dem klagenden Gläubiger die Befriedigung seiner ganzen Forderung aus dem eingeklagten Zehntablösungskapitale unmöglich zu machen.

Vielmehr machen die Intervenienten einen Unterschied zwischen beiden Forderungen, wegen welcher das Handlungshaus Ladenburg klagend auftritt.

Indem sie der Geltendmachung derjenigen Forderung, welche ursprünglich der allgemeinen Versorgungsanstalt zustund, und bei der sie selbst als Schuldner oder doch als Besteller von Unterpfändern betheiligt sind, keinen Einwand entgegenhalten, erstreben sie nur, den Gläubiger von der Deckung seiner ausschließlichen Forderung an den Freiherrn Friedrich von Böcklin aus dem eingeklagten Zehntablösungskapitale abzuhalten.

Daß hier ein Interesse der Intervenienten vorliegt, denen allerdings daran liegen muß, daß das Pfandobject seinem Zwecke nicht entzogen werde, ist unbezweifelt, und ebenso ist klar, daß der Zweck des eingeschlagenen Rechtsverfolgungsmittels dahin gerichtet ist, den Kläger mit seiner Forderung theilweise auszuschließen.

Eine solche Ausschließung ist nämlich vorhanden, wenn dem klagenden Theil die Befugniß genommen ist, über das eingeklagte Zehntablösungskapital in der Weise nach seinem Gutfinden zu verfügen, daß er solches beliebig an der einen oder an der andern der beiden ihm zustehenden Forderungen abrechnet.

Es kann nun hinsichtlich zweier Drittheile dieses Ablösungskapitals kein Zweifel bestehen, daß der klagende Theil solche nicht für eine persönliche Schuld des Freiherrn Friedrich von Böcklin in Empfang nehmen, und auf solche aufrechnen darf, da dieses eine Verpfändung des eingeklagten Gegenstandes hiefür oder ein Eigenthum des Schuldners daran voraussetzen würde, allein das Begehren der Intervenienten ist hinsichtlich aller drei Drittheile der Forderung deswegen begründet, weil die schon seit dem Jahre 1837 bestehende hypothekarische Eigenschaft des zum Unterpfande eingesetzten Zehntens dessen vorzügliche Verwendung zu seinem ursprünglichen Zwecke nöthig macht.

Es muß diese Eigenschaft die Pfandstücke der besonderen Deckung der ursprünglichen Forderung wahren und wie es eine Obliegenheit der Pfandbesteller ist, die Verwendung der Pfandobjecte zu diesem Zwecke gelten zu lassen, so ist es auf der andern Seite eine Befugniß derselben, daß die von ihnen bestellten Unterpfänder ihrem Zwecke nicht entzogen, nicht zu andern Zwecken verwendet werden, sondern im Sinne und nach der Bestimmung des Unterpfandvertrags.

Hiernach erscheint die vom Unterrichter ausgesprochene Verwerfung der Intervention nicht als begründet, und mußte sonach, wie geschehen, erkannt werden.

Es wurde nämlich durch Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 26. Januar l. J. erkannt, daß der Intervention der Freiherrn Emil und Leopold von Böcklin insofern stattgegeben werde, daß das von der Gemeinde Nonnenweier an das Handlungshaus Ladenburg u. Söhne zu zahlende Zehntablösungskapital nebst Zinsen zunächst zur Tilgung des von den Freiherrn von Böcklin bei der allgemeinen Versorgungsanstalt aufgenommenen Kapitals nebst Zinsen, und von dem etwaigen Ueberschuß nur ein Drittheil zur Tilgung der persönlichen Forderung des Handlungshauses Ladenburg und Söhne an Freiherrn Friedrich von Böcklin — zu verwenden sei.

Der oberste Gerichtshof erkannte unterm 4. Oktober l. J. bestätigend.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Intervenienten verlangen, daß der Antheil des Freiherrn Friedrich von Böcklin am Zehntablösungskapital nicht auf die Schuld von 17,000 fl. aufgerechnet, sondern an dem von der Versorgungsanstalt auf Unterpfand vorgeschossenen Darlehen als Zahlung abgezogen werde, oder auch mit anderen Worten: daß aus *ihrem* Antheile am Zehntablösungskapitale eine größere Zahlung nicht verlangt werden dürfe, als die Bezahlung derjenigen Summe, welche nach Abzug des dem Freiherrn Friedrich von Böcklin zustehenden und dem Kläger zugewiesenen Antheils am Zehntablösungskapital von der Forderung der Versorgungsanstalt noch übrig bleibe.

Da die von dem Kläger gegen die Gemeinde Ronnenweier erhobenen Klagen die Bezahlung der klägerischen Forderungen aus dem ganzen Zehnten, somit auch aus den den Intervenienten mit ²/₃ gehörigen Zehntantheilen bezwecken, so sind die Intervenienten unzweifelhaft berechtigt, sich in diesen Prozeß — wenigstens als Nebenintervenienten einzumischen, sofern sie darthun wollen, daß aus ihrem Zehntantheile die Befriedigung einer größeren Schuld begehrt wird, als sie nach den vorliegenden Umständen aus dem Unterpfande zu tilgen verpflichtet sind. Und dieser Einwand ist auch materiell begründet. Vor Allem ist soviel gewiß, daß durch die Cession der Forderung der Versorgnngsanstalt an den Kläger der Rechtsstand der Intervenienten nicht verschlimmert werden konnte, daß sie vielmehr dem Kläger, soweit er Befriedigung aus ihrem Zehntantheil begehrt, alle diejenigen Einwendungen entgegen zu halten berechtigt sind, welche ihnen gegen die Versorgungsanstalt zur Seite stehen würden, falls diese auf ihr Pfandrecht an dem Zehntantheil des Freiherrn Friedrich von Böcklin verzichtet, oder in die Verwendung desselben zu einem anderen Zwecke eingewilligt hätte; denn die Verwendung dieses Antheiles zur Zahlung einer anderen, als der Unterpfandsschuld, steht einem Verzichte auf das Pfandrecht bezüglich seiner Wirkung gegen die Intervenienten völlig gleich.

Wenn es nun auch im Allgemeinen bestritten ist, ob demjenigen, der sein Eigenthum für die Schuld eines andern verpfändet, die Einrede des Bürgen aus dem Satze 2037 zustehe, und wenn ferner auch die Einrede der Vorausklage des Satzes 2170 im Hinblicke auf die Bestimmung des Satzes 2171 bei einem speciellen Pfandrechte nicht Platz greift, so ergibt sich doch im vorliegenden Falle aus der Thatsache, daß von Mehreren zugleich eine ihnen gemeinschaftliche Liegenschaft für eine und dieselbe Forderung verpfändet wurde, als eine der Absicht der Partheien, sowie der Billigkeit entsprechende Folge, daß die Intervenienten befugt sind, zu verlangen, daß dasjenige, was der Kläger aus dem Zehntablösungskapitale des Freiherrn Friedrich von Böcklin erhält, an der Forderung der Versorgungsanstalt, und somit an derjenigen Schuld des Freiherrn Friedrich von Böcklin, welche aus dem Zehntantheile der Intervenienten beigetrieben werden soll, abgezogen werden.

Wenn nämlich mehrere Miteigenthümer ihr gemeinschaftliches Eigenthum fü. die persönliche Schuld eines Einzelnen von ihnen gemeinschaftlich verpfänden, so ist diese Verpfändung von Seiten der Verpfänder, soweit sie nicht persönlich haften, offenbar unter der Voraussetzung geschehen, daß im Nichtzahlungsfalle der Antheil eines Jeden in gleicher Weise für die Unterpfandsforderung angegriffen werden könne, und es darf nicht angenommen werden, daß dieselben auch in dem Falle ihre Einwilligung zur Verpfändung gegeben haben würden, wenn der eine oder der andere Antheil freigeblieben oder freigelassen worden wäre.

Der Gläubiger, welcher ein solches Anerbieten annimmt, kann es nicht in einem andern Sinne acceptiren als es ihm gegeben worden ist, und er würde daher gegen die Absicht des Vertrages handeln, wenn er einen Theil des Unterpfandes freigeben, und seine Forderung sofort aus den andern Antheilen beitreiben wollte, nachdem er den Beklagten den Rückgriff auf den mitverpfändeten Antheil abgeschnitten hat.

Ganz denselben Grundsatz hat das Gesetzbuch im Satz 1285 auf mehrere Sammtschuldner angewendet, indem er der Natur des Vertrages, wodurch mehrere gemeinschaftlich eine Verbindlichkeit übernehmen, entspricht, und der Umstand, daß im Gesetzbuche von dem hier vorliegenden ähnlichen Falle, wo mehrere Personen ihr Miteigenthum gemeinschaftlich für eine Schuld verpfänden, nicht besonders die Rede, und darauf nicht der nämliche Grundsatz ausdrücklich angewendet ist, kann der Richter in Rücksicht auf L.R.S. 1135 und 4a nicht hindern, jene Folge aus der Beschaffenheit des vorliegenden ganz ähnlichen Vertragsverhältnisses als die wahre Absicht der Vertragspersonen abzuleiten.

Aus diesen Gründen wurde das hofgerichtliche Urtheil bestätigt. P.

III.

Ueber den Antrag der Polizeibehörden auf gerichtliche Untersuchung, und den §. 238 des St.G.

In den Annalen von 1854, No. 38 III. ist mit vollkommener Klarheit dargethan, daß in allen Fällen, in welchen das Strafgesetz eine gerichtliche Bestrafung „auf Antrag der Polizeibehörde“ festsetzt, letztere die Voruntersuchung selbst zu führen, und diese nur

dann an die Gerichte abzugeben haben, wenn sie das polizeiliche Strafmaß nicht für genügend erachten.

Es gibt aber immer noch Polizeibehörden, welche an der entgegengesetzten Ansicht festhalten, und — ohne daß Grund zu einer die polizeiliche Competenz übersteigenden Strafe — vorliegt — fortfahren, solche Straffälle an die Gerichte abzugeben. So habe ich eine erst jüngst ergangene Verfügung vor mir des Inhalts:

„Da die That mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden war, so wird von Seite der Polizeibehörde unter Bezug auf §. 238 des St.G. auf gerichtliche Bestrafung der Körperverletzung angetragen."

Die Anzeige geschah durch die Gendarmerie in Folge einer auf öffentlicher Straße vorgefallenen Schlägerei, wobei sich eine Körperverletzung ergab.

Hier dringt sich mir schon im allgemeinen die Bemerkung auf, daß die Polizeibehörden durch Ueberlassung solcher polizeilichen Untersuchungen an die Gerichte vermittelst des Antrages nach dem Strafgesetze — abgesehen davon, daß dies dem Zwecke und Geiste des Gesetzes zuwiderläuft — nicht dem öffentlichen Interesse gemäß verfahren, indem sie sich dadurch eines Theiles ihrer so nothwendigen, und in solchen Fällen gerade ersprießlichen Strafgewalt ohne Grund begeben, ohne daß man sagen könnte, daß dadurch der Strafzweck besser gefördert werde.

Was nun insbesondere den in obiger Verfügung allegirten §. 238 anlangt, so ist auffallend, daß derselbe nicht in §. 70 des Gesetzentwurfes vom 6. März 1845 über die Gerichtsverfassung aufgeführt ist. Aus den Erläuterungen von Thilo zu §. 238 geht aber hervor, daß dabei ganz die nemlichen Motive zu Grunde liegen, wie bei den andern §§., wo das richterliche Einschreiten vom Antrage der Polizeibehörden abhängig gemacht wird; daher man annehmen darf, daß diese Auslassung keinen besondern Grund hat, sondern einfach auf einem Versehen beruht. In §. 238 sind zwei Vergehen zusammengefaßt, das polizeiliche der Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung und das gerichtliche der Körperverletzung. Beide concurriren ideell nach §. 182 d. St.G., bilden nur eine strafbare Handlung und können somit auch nur einmal von einer der beiden competenten Behörden mit entsprechendem Strafzusatze abgeurtheilt werden. Wo sich nun der Fall ergibt, daß bei einer Schlägerei auf offener Straße die öffentliche Ruhe gestört wurde, wird es den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen „über Aufhebung der verbrecherischen Störung der Rechtsordnung" mehr entsprechen, wenn die Polizeibehörde wegen des in ihr Ressort gehörigen Vergehens einschreitet, als wenn die Körperverletzung (versteht sich ohne Krankheit, Arbeitsunfähigkeit u. s. w.) auf dem gerichtlichen Wege zur Hauptsache erhoben wird, wo nur eine Privatperson betheiligt ist, die selbst nicht einmal klagbar auftritt. Dabei kann es sich ergeben, daß nicht nur der Angeschuldigte, sondern auch der Verletzte sich der Ruhestörung schuldig gemacht hat, und somit beide der polizeilichen Strafgewalt anheim fallen, während wenn die Untersuchung sich nur auf die Körperverletzung auszudehnen hat, nur ein Erkenntniß gegen den dieses Vergehens Angeschuldigten mit etwaigem Strafzusatze wegen der Ruhestörung ergehen kann, andere Ruhestörer, also z. B. der Verletzte selbst auch frei ausgehen. Ja es kommt vor, daß der Verletzte, der sich in polizeilicher Beziehung nicht rein weiß, wegen erlittener Körperverletzung beim Richter eine Anklage erhebt, oder Anzeige macht, damit er möglicher Weise für sein Vergehen ohne Strafe durchkomme.

Wenn es sich nun de lege ferenda handelte, würde ich nicht nur vorschlagen, den §. 70 des Gesetzentwurfes von 1845 sofort in das Leben treten zu lassen, sondern demselben noch den Beisatz zu machen, daß, wenn im Falle des §. 238 die That mit Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden war, die Polizeibehörden die Untersuchung auch dann zu erledigen haben, wenn selbst der Verletzte eine Anklage erhebt oder Anzeige macht. Insofern es sich aber de lege lata handelt, dürfte nach meinem Dafürhalten durch eine entsprechende Weisung oder Verordnung im Sinne des §. 70 unter Einschaltung des §. 238 des St.G. durch die Oberpolizeibehörde dem schwankenden und unregelmäßigen Verfahren in dieser Beziehung abzuhelfen sein.

H.

IV.

Bemerkungen

zu dem Aufsatze III. in No. 34 der Annalen: „Zur Auslegung des §. 779 d. Pr.O."

Die Darstellung dieses Rechtsfalles ist in vielen Punkten unvollständig und actenwidrig. Sie mußte

deßhalb zu nachfolgenden, nur das Thatsächliche berührenden Bemerkungen veranlassen.

Als der Antrag auf Ganteröffnung gestellt wurde, waren die Liegenschaften des M. Sp. zwar in zweiter Versteigerung dem Pfandgläubiger zugeschlagen, die Verweisungen des Erlöses aber weder gefertigt noch dem Steigerer zugestellt. Ja in directem Widerspruche mit der Erzählung in No. 34 endigen die erhobenen Vollstreckungsacten mit dem Beschlusse des Vollstreckungsbeamten, daß die Acten wegen Entwurfs der Verweisungen am 7. September l. J. wieder vorzulegen seien.

Der Steigerer war eben deßhalb noch nicht zur Zahlung resp. Wettschlagung berechtigt und somit das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendigt. §. 1042 Pr.O.

Der Zweck des Antrags auf Ganteröffnung war, das Vorzugsrecht des L.R.S. 2101, welches wenigstens dem einen der beantragenden Gläubiger unzweifelhaft zustand, auf wirksame Art geltend zu machen. Im Wege einer Einsprache gegen den Pfandgläubiger konnte dies nicht geschehen, da die allgemeinen Vorzugsrechte des L.R.S. 2101 gegenüber den bevorzugten Gläubigern dritter Klasse außerhalb der Gant keine Wirkung haben.

Nicht auf den am 4. September gestellten Antrag wurde die Verfügung vom 2. October erlassen, sondern erst auf Vorlage der Vollstreckungsacten und des angerufenen Zeugnisses der Ortsbehörde, welches den Mangel aller anderen zugreifbaren Vermögenstheile beurkundete, und damit den in §. 779 d. Pr.O. geforderten Nachweis lieferte.

Einer Bemerkung über das vom Einsender an einer Stelle des Protokolles eingeschaltene „sic" bedarf es nicht; dessen Würdigung mag der richtigen Construction des Satzes überlassen bleiben.

Schließlich bemerken wir nur noch, daß der Unterpfandsgläubiger gleichzeitig mit dem Erscheinen jenes Aufsatzes, gegen die amtliche Verfügung vom 2. October das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergriffen und ausgeführt hat.

V.

Der Gerichtsstand zur Untersuchung einer vollendeten Urkundenfälschung ist bei dem Amte begründet, in dessen Sprengel von der falschen Urkunde Gebrauch gemacht wurde.

Annalen XX. S. 9 ff.
Beck, Erläuterung der Straf-Pr.O. zu §. 7, S. 66 ff.

So entschied in Folge des negativen Competenzconfliktes zweier Aemter das mittelrheinische Hofgericht durch Erkenntniß vom 29. September l. J. in U.S. gegen Baumgratz, als sich herausstellte, daß die Verübung der Fälschung in dem Sprengel des einen, und der Gebrauch von der falschen Urkunde in dem Sprengel des andern Amts, der Bezug des damit bezweckten Gewinns sowohl in diesem als auch in jenem stattgefunden hatte.

Die Verfügung lautet:

In Erwägung, daß das Verbrechen, dessen der suspendirte Bahnmeister Baumgratz beschuldigt ist, darin besteht, daß er mit Verletzung seiner Dienstpflicht in die von ihm aufzustellenden s. g. Taglohnzettel falsche Einträge gemacht hat, sei es nun unter der auf die Forderung von Arbeitslohn oder unter der auf die Empfangsbescheinigungen bezüglichen Rubrik, und daß er die so gefälschten Urkunden zur Erlangung des damit beabsichtigten widerrechtlichen Gewinns an die auszahlende Behörde, das großh. Post- und Eisenbahnamt Offenburg, abgegeben hat;

In Erwägung, daß somit der zum Begriff der vollendeten Urkundenfälschung (Str.G.B. §. 677. 423 ff.) erforderliche Gebrauch von der falschen Urkunde am Sitze jener Behörde, also zu Offenburg, stattfand, mithin gemäß § 7 der St.Pr.O. das dortige großh. Oberamt das zur Untersuchungsführung zuständige Gericht ist, ohne daß es darauf ankommt, wo der Angeschuldigte die Fälschung verübt und den beabsichtigten Gewinn bezogen haben soll;

In Erwägung, daß der Antrag der großh. Direction der Verkehrsanstalten an das großh. Oberamt Lahr wegen Einleitung der Untersuchung nicht im Sinne von §. 12 der St.Pr.O. erfolgte, übrigens auch die Rücksicht der wesentlichen Erleichterung des Verfahrens die Zuweisung der Untersuchung an das großh. Oberamt Offenburg erfordert (§. 8 und 12 St.Pr.O.), demgemäß und in Folge des §. 17 der St.Pr.O.

wird das großh. Oberamt Offenburg unter Anschluß sämmtlicher Akten angewiesen, die Untersuchung gegen Bahnmeister Baumgratz zu führen.

Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 37. Mannheim, 8. September 1855.

I.

Unterdrückung von Urkunden.

§. 459 vrgl. mit §. 450. 376. 417. 278. 279. 679 St.G.B.

Oberhofgerichtl. Jahrb. n. F. XIII. S. 377.

Das großh. Oberhofgericht hat nicht nur in dem in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern mitgetheilten Falle, sondern auch kürzlich in der Untersuchungssache gegen Karl Keller von E.*) die Ansicht ausgesprochen, daß, wenn Jemand den rechtmäßigen Besitzer einer Urkunde durch List oder auf andere widerrechtliche Weise des Besitzes derselben entsetzt und die Urkunde unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt, die That nicht nach §. 459 als Unterdrückung einer Urkunde, sondern nach §. 450 als gewöhnlicher Betrug zu bezeichnen und zu bestrafen ist, und daß der §. 459 nur dann Anwendung findet, wenn der rechtmäßige Besitzer einer Urkunde, auf deren Herausgabe oder Vorlage er in Folge des einem Anderen nach dem Civil- oder Prozeßgesetze zustehenden Rechts belangt ist, diese Urkunde in betrügerischer Absicht beschädigt, unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt.

Zu dieser Unterscheidung hat offenbar Kettenacker in den Annalen XVIII. S. 409 Veranlassung gegeben, indem er daselbst sagt: „Wenn wir uns auch daran halten müssen, daß nach §. 459 die Unterdrückung von Urkunden und Akten als Betrug zu behandeln ist, so folgt hieraus noch keineswegs, daß nicht Fälle der Unterdrückung von Urkunden vorkommen können, welche sich wirklich als betrügerisch charakterisiren lassen und zur Subsumtion unter den §. 450 Anlaß geben. In dergleichen Fällen dürfte sodann das Vergehen im Straferkenntniß als Betrug zu bezeichnen sein, während andernfalls der Thäter nur der Unterdrückung von Urkunden (beziehungsweise Akten) für schuldig erklärt werden kann."

Diese Ansicht scheint mir im Gesetze nicht begründet zu sein.

Schon das gemeine Recht, die Quelle unseres §. 459, kannte eine solche Unterscheidung nicht (l. 1 §. 4. l. 2. l. 16 §. 2. l. 23 D. de leg. Corn de falsis l. 14. Cod. eod. tit. Pauli recept. sentent. IV. 7. V. 25. §. 1. 4), sondern es ist hiernach die Unterdrückung einer Urkunde (Verheimlichung, Vorenthaltung, Vernichtung) als dasselbe Verbrechen (Falsum) zu bestrafen, gleichviel ob der Thäter im rechtmäßigen Besitze der Urkunde sich befand oder derselben zum Zwecke der Unterdrückung erst durch List oder auf andere widerrechtliche Weise sich bemächtigt hat. Escher über Betrug und Fälschung S. 346. Heffter, Lehrb. des Criminalrechts §. 389.

Daß in dieser Beziehung durch unser St.G. eine Aenderung getroffen werden wollte, dafür geben uns die Kammerverhandlungen über den §. 459 keinen Anhaltspunkt; aus denselben geht vielmehr hervor, daß das gemeine Recht nur insofern abgeändert werden wollte, als das Vergehen der Unterdrückung der Urkunden nicht als Fälschung, sondern als Betrug behandelt werden sollte. Das römische Recht, so sagt Aschbach im Commissionsbericht zum §. 417 des Entwurfs (jetzt

*) Dieser hatte sich für das Darlehen eines Andern bei G. Isele verbürgt, von welchem er die mit seiner Unterschrift als Bürge versehene Schuldurkunde unter dem Vorgeben abverlangte, er wolle sehen, was er unterschrieben habe. Als ihm Isele den Schuldschein gegeben hatte, schnitt Keller von demselben das Stück ab, auf welchem sich seine Unterschrift als Bürge befand und steckte er das abgeschnittene Stück Papier in die Tasche. Auf den ihm von Isele hierwegen gemachten Vorwurf äußerte sich Keller, er wolle mit dem Schuldner nichts mehr zu thun haben und nicht mehr Bürge sein.
D. E.

§. 459), war hierin strenger, es erklärte die Unterdrückung ächter Testamente und Urkunden als Fälschung wenigstens eben so strafbar. Allein alle neueren Gesetzgebungen haben diese Ansicht verlassen und nehmen hier nur einen Fall des Betruges an, sofern es nicht zugleich als Amtsverbrechen erscheint. So das österreichische Strafgesetz, so das baierische. Deßhalb wurde das Vergehen der Unterdrückung von Urkunden in den Titel XXXI. des St.G.B. eingereiht, der von dem Betruge handelt, jedoch in diesem Titel durch den §. 459 eine besondere Bestimmung getroffen, da die allgemeine Vorschrift über den Betrug in §. 450 auf die Unterdrückung von Urkunden nicht ganz paßt, welche eigentlich das Verbrechen der Unterschlagung, beziehungsweise der boshaften Beschädigung fremder Sachen (§. 370) involvirt. Vrgl. Kettenacker in den Annalen XVIII. S. 409. Sodann aber bestimmt der §. 459 allgemein, daß derjenige, der aus gewinnsüchtiger Absicht, oder um den Andern in seinem Vermögen zu beschädigen, Urkunden, auf welche der Andere nach den Vorschriften der bürgerlichen Pr.O. (§. 776 jetzt 749 No. 1. 2 und 3) Ansprüche hat, unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt, von den daselbst festgesetzten Strafen getroffen wird. Hiernach macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen dem Falle, wo der Thäter im rechtmäßigen Besitze der Urkunde sich befand, und dem Falle, wo er zum Zwecke der Unterdrückung erst auf widerrechtliche Weise der Urkunde sich bemächtigt hat.

Nach einer bekannten Interpretationsregel ist daher der Richter auch nicht befugt, eine solche Unterscheidung zu machen. Zwar ist sich in §. 459 auf den §. 786 jetzt 759 der bürgerl. Pr.O. berufen und daraus scheint großh. Oberhofgericht folgern zu müssen, daß jene Gesetzesstelle nur diejenige besondere Art des Betruges zum Gegenstande hat, welche dadurch verübt wird, daß der rechtmäßige Besitzer einer Urkunde, auf deren Herausgabe oder Vorlage er in Folge des einem Anderen nach dem Civil- oder Prozeßgesetze zustehenden Rechte belangt ist; diese Urkunde in betrügerischer Absicht beschädigt, unbrauchbar macht, vernichtet oder unterdrückt. Diese Folgerung ist aber offenbar falsch. Denn durch die Berufung auf den §. 786 (jetzt 749) der bürgerl. Pr.O. wollte sicher mehr nicht gesagt werden, als daß nur die Unterdrückung von solchen Urkunden, auf welche einem Anderen das Eigenthum oder Miteigenthum u. s. w. zusteht, als eine besondere Art des Betruges behandelt werden soll. Es ergibt sich dieses klar und deutlich aus dem angeführten Commissionsberichte von Aschbach, in welchem gesagt ist: „Nach der Pr.O. §. 786 (jetzt 749) wird das Recht, die Herausgabe oder Vorlage einer Urkunde von demjenigen zu verlangen, in dessen Innehabung sie sich befindet, begründet:

1) durch das Eigenthum, oder
2) Miteigenthum an derselben, sowie
3) durch den Umstand, daß die Urkunde in der Absicht verfertigt wurde, um als Beweismittel über das thatsächliche oder rechtliche Verhältniß unter den Betheiligten zu dienen, und daß der die Herausgabe oder Vorlage fordernde einer dieser Betheiligten sei."

In diesen Fällen hat also vermöge dieses Gesetzes der Inhaber die Rechtspflicht dem Eigenthümer, Miteigenthümer oder Betheiligten die Urkunde herauszugeben oder benützen zu lassen. Läugnet er in der Absicht, einen Gewinn zu machen oder dem Andern zu schaden, den Besitz, vernichtet er die Urkunde, verbirgt er sie, oder macht er sie durch Zerreißen oder Durchstreichen unbrauchbar, so hat er mit Verletzung einer besonderen Rechtspflicht die Wahrheit vorenthalten, welcher Umstand den Forderungen des §. 450 entspricht und die Einreihung dieses Vergehens als Betrug rechtfertigt. Die Billigung der Commission erhielt es übrigens, daß der Paragraph nicht auf die Fälle ausgedehnt wurde, wovon §. 786 (jetzt 749) der bürgerlichen Prozeßordnung unter No. 4 spricht, denn hierbei wird die Editionspflicht lediglich durch das prozeßualische Verhältniß der Parteien begründet, wobei die Versuchung sich auf jede Weise wider den Gegentheil zu wehren, Nachsicht verdient. Also weder aus dem Wortlaute des §. 459 St.G.B. noch aus den Kammerverhandlungen hierüber kann gefolgert werden, daß zur Anwendung dieses Paragraphen der Thäter im rechtmäßigen Besitze der Urkunde sich befinden mußte; umsoweniger kann dieses angenommen werden, als eine Klage auf Herausgabe oder Vorlegung einer Urkunde nach §. 749 der bürgerlichen Pr.O. unbestreitbar auch gegen den unrechtmäßigen Besitzer stattfindet.

Namentlich aber ist die Ansicht, welche großh. Oberhofgericht in der Untersuchungssache gegen Karl Keller ausgesprochen hat, unrichtig, die Ansicht nämlich, daß wenn Jemand den rechtmäßigen Besitzer einer Urkunde durch List, z. B. angeblich um Einsicht von der Ur-

kunde zu nehmen, des Besitzes derselben entsetzt hat, und diese Urkunde unterdrückt, alsdann die That nicht nach §. 459 sondern nach §. 450 als gewöhnlicher Betrug zu bezeichnen und zu bestrafen ist. Denn in diesem Falle wäre eigentlich ein Betrug in Vertragsverhältnissen (precario) vorhanden, es würde somit die That nicht sowohl nach §. 450 als vielmehr nach §. 452 St.G.B zu bezeichnen und zu behandeln sein, wenn überhaupt eine Unterscheidung sich rechtfertigen ließe.

Daß jedoch eine solche Unterscheidung, wie sie großh. Oberhofgericht aufgestellt hat, nicht gemacht werden darf, scheint auch die Ansicht Bekk's gewesen zu sein, welcher schon früher sich dahin ausgesprochen hat, daß der §. 419 des Entwurfs (jetzt §. 459 St.G.B.) nicht nur dann Anwendung findet, wenn der Thäter im rechtmäßigen Besitze der Urkunde sich befand, sondern auch dann, wenn er auf widerrechtliche Weise z. B. durch Entwendung sich in den Besitz der Urkunde gesetzt hat. Vergl. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VII. S. 80 Note. Annalen XI. S. 209.

Bei der Entwendung von Urkunden muß allerdings eine Unterscheidung gemacht werden, jedoch auf andere Weise als wie vom großh. Oberhofgericht geschehen ist. Die Entwendung von Schuldurkunden erscheint nämlich, so besagen die Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zum §. 337 des Entwurfes S. 98 99, nach Verschiedenheit der Fälle bald als Diebstahl bald als ein anderes Verbrechen z. B. als Betrug oder als Selbsthülfe. Die Entwendung von Schuldurkunden, welche auf den Inhaber lauten, ist beim Dasein der übrigen Merkmale des Thatbestandes unbedingt Diebstahl (§. 376), dagegen wäre die Entwendung einer andern auf den Namen des Gläubigers lautenden Urkunde, in der Absicht, sich für diesen auszugeben und auf seinen Namen die Forderung zu erheben, oder die Entwendung einer solchen Urkunde durch den Schuldner selbst, in der Absicht dem Gläubiger den Beweis seiner Forderung zu entziehen, nicht als Diebstahl, sondern als versuchter oder vollendeter Betrug zu beurtheilen.

Damit wollte aber offenbar nicht gesagt werden, daß jede Entwendung einer auf den Namen des Gläubigers lautenden Urkunde nicht nach §. 459 als Unterdrückung einer Urkunde, sondern nach §. 450 als gewöhnlicher Betrug zu bezeichnen und zu behandeln ist. Vielmehr wollte mit obigen Worten von der Gesetzgebungskommission nur gesagt werden, daß die Entwendung einer solchen Urkunde nach unserem Gesetze nicht als Fälschung, sondern als Betrug behandelt werden soll und eben deßhalb nicht in den Titel XXX., der von der Fälschung, sondern in den Titel XXXI., der von dem Betrug handelt, einzureihen ist. Es wäre in der That auch sonderbar, wenn der Gesetzgeber, der über eine gewisse Art von Verbrechen eine besondere Vorschrift, wie z. B. in §. 459 erlassen hat, die Absicht gehabt hätte, daß ein Uebertretungsfall, der sich gleichfalls unter diese besondere Vorschrift subsumiren läßt, dennoch nach einem anderen in dem gleichen Titel stehenden Paragraphen (§. 450) beurtheilt werden sollte. Eine solche Ungereimtheit kann einem erleuchteten Gesetzgeber nicht wohl zugetraut werden!

Indessen kann es doch Fälle geben, wo die Entwendung oder widerrechtliche Besitzergreifung einer Urkunde z. B. durch List nicht unter den §. 459 als Unterdrückung, sondern als Betrug unter den §. 450 zu subsumiren ist, wenn nämlich der Thäter eine auf den Namen des Gläubigers lautende Urkunde entwendet oder sich sonst auf widerrechtliche Weise in den Besitz derselben setzt, in der Absicht, einen Gewinn zu machen; z. B. die Forderung zu erheben, jedoch die Urkunde nicht unbrauchbar macht, nicht vernichtet und nicht unterdrückt, auch nicht die Absicht hätte, die Urkunde unbrauchbar zu machen, zu vernichten oder zu unterdrücken. Denn dieses ist nach §. 459 ein wesentliches Erforderniß zum Thatbestand des daselbst bezeichneten Verbrechens. Ist aber jenes Erforderniß vorhanden, vernichtet der Thäter die Urkunde, verbirgt er sie, oder macht er sie durch Zerreißen oder Durchstreichen unbrauchbar, in der Absicht, einen Gewinn zu machen oder dem Andern zu schaden, so fällt die That unter die Bestimmung des §. 459 und ist sie in dem Straferkenntnisse als Unterdrückung zu bezeichnen, gleichviel, ob der Thäter im rechtmäßigen Besitze der Urkunde sich befand oder ob er den rechtmäßigen Inhaber der Urkunde auf widerrechtliche Weise des Besitzes derselben entsetzte.

Wurde die Urkunde dem Besitzer mit Gewalt entrissen, beziehungsweise er zur Verabfolgung (Auslieferung) derselben durch Gewalt oder Drohungen genöthiget, so erklärt der §. 417 St.G.B. die That als

Erpressung, welche dem Raube gleich bestraft wird, wenn der Thäter die Absicht hatte, sich oder Anderen dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Hatte er aber blos die Absicht, sich selbst Recht zu verschaffen, so erscheint die That als Gewaltthätigkeit und kommt der §. 278 zur Anwendung. Geschah die eigenmächtige Besitzergreifung einer Urkunde ohne Anwendung von Gewalt gegen eine Person, blos um sich selbst Recht zu verschaffen, so ist die That eine unerlaubte Selbsthülfe und nach §. 279 zu bestrafen. Würden endlich von einem öffentlichen Diener amtliche Akten, die ihm anvertraut waren, in rechtswidriger Absicht unbrauchbar gemacht, vernichtet oder unterdrückt, so ist ein Amtsverbrechen vorhanden und die That nach §. 679 zu beurtheilen.

Weitere Unterscheidungen als diese (deren es nachgerade genug sind) macht das Gesetz nicht, daher auch der Richter keine weiteren Unterscheidungen machen darf und soll, umsomehr, als es in der Wirkung ganz einerlei ist, ob man eine That als Unterdrückung oder als gewöhnlichen Betrug bestrafe, da der §. 459 auf §. 450 hinweist, also dieser Paragraph doch zur Anwendung kommt, wenn die Unterdrückung aus Gewinnsucht geschah und die Absicht erreicht wurde.

Haager.

II.

Ueber die Frage, inwiefern der Singularsuccessor für die Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers haftet, und über den Eintritt in die Rechte des Gläubigers nach Maßgabe von L.R.S. 1251. Z. 3.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 24. August l. J. In Sachen Leicht gegen Blattner.

Die Pfarrei Oberwolfach hatte laut Schuld- und Pfandurkunde von 1841 an J. B. Groß 543 fl. 45 kr. zu fordern, wofür derselben mehrere Grundstücke des Schuldners verpfändet waren.

J. B. Groß vertauschte 1844 einen Theil der verpfändeten Grundstücke an A. Leicht den jetzigen Kläger mit der Auflage, die obgedachte Schuld der Pfarrei zu tilgen.

A. Leicht (und sein Miterwerber Feger) verkaufte wiederum einen Theil der Güter bald nachher an J. Armbruster, unter der gleichen Auflage, aus dem Kaufschilling von 1200 fl. — die Pfarrei zu befriedigen.

Der Beklagte erwarb im März 1848 in der Zwangsversteigerung J. Armbrusters dasselbe Gut um 660 fl., woran die Pfarrei laut Verweisung befriedigt werden sollte; er verkaufte jedoch im September 1848 das Gut mit derselben Auflage an Magdalena Faist, nachherige Ehefrau des P. Rohr, welchen Eheleuten das Gut im Zwangswege versteigert und wobei die Pfarrei nur mit 296 fl. 46 kr verwiesen wurde, dagegen mit 247 fl. (Klagsumme) in Verlust fiel.

Als die Pfarrei sich wegen des ungetilgt gebliebenen Betrags an den ursprünglichen Schuldner Groß und dieser sich an seinen Contrahenten A. Leicht halten wollte, so befriedigte dieser am 22. August 1854 die Pfarrei, welche ihm dagegen die (getilgte) Pfandurkunde „zum beliebigen Gebrauch" aushändigte.

Will man auch mit dem Unterrichter bei diesem unbestrittenen thatsächlichen Sachverhalt, annehmen, daß die von den klägerischen Anwälten geltend gemachten, aus L.R.S. 1166, 1250 Ziff. 1 verglichen 1689 ff. hergeleiteten Rechtsgründen eine Zahlungspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger nicht zu begründen vermögen: so entsteht gleichwohl die weitere Frage „ob der Beklagte nicht als Rechtsnachfolger Armbrusters aus dem Hauskauf (Singularsuccessor, ayantcause) für Erfüllung der mit dem Hause übernommenen Verbindlichkeit an die Pfarrei Wolfach haftbar wurde und ungeachtet des Weiterverkaufs des Hauses haftbar blieb; und ob nicht der Kläger als früherer bei Erfüllung dieser Verbindlichkeit mitbetheiligter Rechtsvorgänger und Mitcontrahent Armbrusters, indem er die Pfarrei im Hinblick auf dieses Verhältniß befriedigte, nunmehr an deren Stelle die Erfüllung von Seiten des Beklagten Rechtsfolgers fordern könne? L.R.S. 1251 Z. 3 cf. 1121, 1165.

Hat Jemand in Folge einer rechtsverbindlichen Zusage ein Erbvermögen (universitas juris) oder ein einzelnes Stück (res singular) mit einer hierauf ruhenden Schuld übernommen, und er überträgt die Sache ebenso an einen Andern, und letzterer wieder an einen Anderen; so sind

alle diese Singularsuccessoren vermöge eines durch eigene Willenserklärung verabredeten Gesetzes (L.R.S. 1134) gegen einander zur Tilgung der Schuld verpflichtet. Sie bleiben auch alle bis zur Tilgung der Schuld einem dritten Forderungsberechtigten (L.R.S. 1165) haftbar, und können sich durch Weiterverkauf der Sache nicht von der Schuld befreien, weil Niemand seine Verbindlichkeiten auf Andere ohne Einwilligung des Berechtigten überwälzen kann. L.R.S. 1271 ff.

Blieben aber die spätern Erwerber eines Guts, wie hier Leicht, Armbruster, Blattner und Rohrs Eheleute als Rechtsfolger des J. B. Groß gegenüber der forderungsberechtigten Pfarrei haftbar, so folgt daraus nicht nur, daß sie mit einander zur Tilgung der Schuld in eigenem Namen verpflichtet waren; sondern auch, daß sie jeder für sich ein rechtliches Interesse hatten, daß die Schuld getilgt werde, insbesondere Groß und Leicht, welche noch andere, der Pfarrei mitverpfändete Liegenschaften besitzen; und daß Leicht, indem er die Schuld tilgte, ohne Jemanden zu schaden, ein für alle nützliches Geschäft verrichtete.

Unter diesen Voraussetzungen aber tritt Leicht mit Ausnahme des J B. Groß, dem er sich zur Tilgung besonders verbindlich gemacht hatte, gegenüber allen andern Mitverbindlichen in die Rechte der Pfarrei ein, um von demselben die Erfüllung ihrer Zusage zu begehren, ohne eines Cessions- oder Suborgatiosvertrags zu bedürfen (L.R.S. 1251 Z. 3) und mit Recht hat er den Ersatz zunächst an den jetzigen Beklagten begehrt, welcher allen andern Rechtsgebern, gleichwie Leicht dem J. B. Groß, haftbar blieb.

Toullier ed. Brux. 1830 IV. Bd. S. 65. Z. 138. S. 69. Z. 147—153. S. 544. Z. 4.

Dieser rechtliche Klaggrund eines Eintritts kraft Gesetzes in die Rechte der Pfarrei scheint auch in der Klage unter der unbestimmten Anführung

„weil Kläger selbst an Johannes Armbruster und dieser n o ch an den Beklagten den Kaufschillingsrest zu fordern hat"

neben dem Eintritt kraft Vertrags geltend gemacht worden zu sein; jedenfalls wäre mit einer formellen Zurückweisung der Berufung keiner Partei genügt und dem Kläger ohne Noth geschadet.

Die von dem Beklagten in erster Instanz geltend gemachte angebliche Befreiung von Seiten der Pfarrei ist durch den thatsächlich anerkannten Inhalt des Kaufvertrages vom 17. September 1848 und die im Protokoll vom 14. Februar 1855 enthaltene damit übereinstimmende Erklärung des beigeladenen Vertreters der Pfarrei widerlegt.

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

P.

III.

Die richterliche Beschlagnahme und Zuweisung einer Kapitalforderung des Schuldners, welche der Zinsen nicht erwähnt, gewährt dem Gläubiger kein Recht auf diese Zinsen.

So wurde durch Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 26. Januar l. J. und des obersten Gerichtshofs vom 4. Oktober l. J. i. S. L a d e n b u r g gegen N o n n e n w e i e r gleichmäßig entschieden.

O b e r h o f g e r i c h t l i c h e E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e.

Der Oberappellant hat sich gegen das hofgerichtliche Urtheil nur insoweit beschwert, als er mit den durch das unterrichterliche Erkenntniß ihm zugesprochenen, vor dem 1. Januar 1853 verfallenen Zinsen in zweiter Instanz abgewiesen wurde.

Diese Beschwerde ist jedoch nicht begründet, indem durch die hofgerichtlichen Verfügungen vom 15. Dezember 1846 und 23. Dezember 1847 der beklagten Gemeinde nur die Beschlagnahme und Zuweisung d e s C a p i t a l s bekannt gemacht wurde, ohne daß der Zinsen Erwähnung geschah, wie denn auch die Kläger eine Beschlagnahme und Einweisung bezüglich der Zinse nicht begehrt hatten. Die Kläger behaupten zwar, daß durch Beschlagnahme und Zuweisung der Hauptsache von selbst auch deren Früchte mit Beschlag belegt seien, wie die Cession einer Forderung auch die Cession der künftig verfallenden Zinse umfasse.

Allein dieser Grundsatz ist im vorliegenden Falle — wenigstens den Beklagten gegenüber — nicht anwendbar.

Der Gläubiger, welcher sich im Wege der Vollstreckung eine Forderung an Zahlungsstatt zuweisen läßt, wird nicht Eigenthümer der Forderung, wie der Cessionar,

sondern er erwirbt nur das Recht, die Forderung einzutreiben und sich daraus befriedigt zu machen, wie aus §. 983 der Pr.O. vergl. mit L.R.S. 1269 sich ergibt. Die Eröffnung des Beschlages kann daher der Eröffnung einer Cession nicht gleichgestellt werden, vielmehr muß hinsichtlich der ersteren der Grundsatz gelten, daß der dritte Schuldner der ausstehenden Forderung sich bezüglich der Frage, was er an den Eigenthümer der Forderung zahlen dürfe, und was nicht, lediglich an den buchstäblichen Inhalt der ihm eröffneten richterlichen Verfügung zu halten hat, indem er nicht wissen kann und nicht zu wissen schuldig ist, ob der Kläger, der nur die Beschlagnahme des Kapitals erwirkt hat, auch der Zinse zu seiner Befriedigung bedarf, ob die Schuld in der Zwischenzeit nicht theilweise bezahlt oder durch andere Vollstreckungsmittel gedeckt worden ist.

Die hier allein maßgebenden Vorschriften über den Beschlag auf ausstehende Forderungen bestimmen auch nirgends, daß mit dem Beschlag auf die Forderung dem Schuldner stillschweigend auch die Zahlung der künftigen Zinse an den Eigenthümer untersagt sei, vielmehr ergibt sich aus §. 982 Abs. 1 die Regel, daß der Beschlag nur auf denjenigen Theil wirkt, auf den er ausdrücklich angelegt ist.

Es wäre daher Sache des Klägers gewesen, seine Rechte bezüglich der Zinse ausdrücklich und in der Weise gegen die Gemeinde geltend zu machen, daß diese nicht in Zweifel sein konnte, wohin sie die Zinsen zu bezahlen habe; dagegen kann die Gemeinde, welche die zwischen den Klägern und ihrem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse nicht zu kennen schuldig ist, nicht darunter leiden, daß sie sich an den buchstäblichen Inhalt des Arrestbefehls gehalten hat.

P.

IV.

Beschwerdesumme.

1) Bildet das Oberhofgericht die zweite Instanz, wenn ein erst beim Hofgericht aufgetretener Hauptintervenient gegen das Urtheil dieses Gerichtshofs appellirt?

2) Reicht unter dieser Voraussetzung die im §. 1126 der Pr.O. bestimmte Summe von 150 fl. zur Appellation beim Oberhofgerichte hin?

3) Welche Beschwerdesumme ist erforderlich, wenn gegen ein Urtheil appellirt wird, welches ein Hofgericht, als provogirtes Gericht, in erster Instanz erlassen hat?

In einem zwischen dem großh. Fiscus und der Ehefrau des A. Stigler anhängigen, durch die Appellation des Ersteren an das großh. Hofgericht devolvirten Rechtsstreit war Fr. Sauvain bei diesem Gerichtshofe als Hauptintervenient aufgetreten, welcher aber durch hofgerichtliches Urtheil vom 7. Juli l. J. mit der Interventionsklage abgewiesen worden ist. Er appellirte dagegen an das großh. Oberhofgericht und machte, zur Nachweisung der Zulässigkeit der Oberberufung hinsichtlich der Summe aufgefordert, namentlich geltend, daß die Hauptintervention als eigentliche Klage, und das hofgerichtliche Urtheil, welches dieselbe abweist, als ein erstinstanzliches zu betrachten, folglich auch zur Appellation gegen dieses Urtheil nur eine Beschwerdesumme von 150 fl. erforderlich, diese aber in vorliegendem Falle mehr als genügend vorhanden sei.

Es wurde jedoch die eingewandte Berufung, beziehungsweise Oberberufung als unstatthaft verworfen.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In Erwägung, 1) daß die Hauptintervention, obwohl sie nach den Erfordernissen einer Klage einzurichten ist, dem Namen und Wesen dieses Rechtsmittels zufolge als Zwischenverfahren in einem bereits anhängigen Rechtsstreite erscheint, daher der Lage des Letzteren zu folgen hat; 2) daß zwar die Hauptintervention zu jeder Zeit und in jeder Lage des Rechtsstreits zulässig ist (Pr.O. §. 98), die letztere aber durch die Einmischung eines Dritten nicht verändert werden kann; 3) daß daher die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung, beziehungsweise Oberberufung für die Hauptintervention ebenfalls durch die gleiche Zulässigkeit in der Hauptsache bedingt ist; 4) daß der Gegenstand des Hauptstreites zwei Forderungen im Gesammtbetrag von 265 fl. 49 kr. sammt Zinsen von Martini 1850, beziehungsweise vom Klagtage begreift, welcher die Appellationssumme bei weitem nicht erreicht (Pr.O. §. 1192).

A. d. Gr. ꝛc.

Nach denselben Grundsätzen wurden gleichzeitig zwei ähnliche Fälle entschieden.

Bemerkung.

Wenn ein Obergericht, als prorogirtes Gericht (Pr.O. §. 29 und 30), ein Urtheil in erster Instanz erlassen hat, gegen welches an das Oberhofgericht appellirt werden will, so wird wohl auch kein Zweifel darüber bestehen können, daß jedenfalls die Oberappellationssumme vorhanden sein müsse, ob aber die von 500 fl. oder die von 1000 fl., darüber gibt das Gesetz (Pr.O. §. 1192) keine direkte Entscheidung, indem es entweder zwei widersprechende oder zwei gleichlautende Urtheile voraussetzt, und also den Fall, wo nur eine Instanz erkannt hat, nicht vorsieht. In diesem Falle müssen ohne Zweifel 500 fl. genügen, weil sich nicht behaupten läßt, daß eben dasjenige Erkenntniß, gegen welches jetzt appellirt wird, bereits Gegenstand einer Berufung gewesen sei. Als Argument dafür, daß 150 fl. in keinem Falle hinreichen, könnte vielleicht noch die Betrachtung dienen, daß nach Analogie des §. 30 der Pr.O. ein Streitobjekt von wenigstens 500 fl. erfordert wird, um durch Prorogation eine Sache in erster und letzter Instanz an das Oberhofgericht bringen zu können.

D. R.

V.

Zur Auslegung von Pr.O. §. 278. 330 und insbesondere darüber, daß zur Erhebung der Klage auf Anerkennung nicht schon der Umstand berechtigt, daß der Kläger wegen angeblich ungünstiger Vermögensumstände des Beklagten sein übrigens weder bestrittenes noch verletztes Recht durch Erwerbung eines richterlichen Pfandrechts sichern will.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 12. Juni 1855
In Sachen Querra gegen Querra.

Die streitenden Theile sind darüber einig, daß die Frau Zwölfer Hog Wittwe, Franziska geb. Querra, durch Testament vom 5. Mai 1835 dem Kläger die lebtägliche Nutznießung einer Summe von 4000 fl. zu 4 pCt. vermachte, und daß die eine Hälfte des Capitals in Handen des Beklagten Oberappellaten Franz Querra zu verbleiben hat.

Es ist ferner kein Streit darüber, daß Franz Querra zur Zeit der Erhebung der vorliegenden Klage mit der Zahlung der Renten weder im Rückstande war, noch auch dem Rechte des Klägers irgendwie Widerspruch entgegensetzte.

Wenn unter diesen Umständen das großh. Hofgericht die auf Anerkennung des Rechtes und Zahlung der Rente gerichtliche Klage zur Zeit abgewiesen hat, so kann durch dieses Erkenntniß der Kläger in keiner Weise beschwert erscheinen.

Ein richterliches Urtheil ist nämlich nach allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts, wie nach der Natur der Sache, nur dann nöthig und kann nur dann begehrt werden, wenn

1) das vom Kläger behauptete Recht, falls es wirklich existirt, als verletzt erscheint, und wenn dasselbe
2) nach erhobener Klage bestritten wird.

Fehlt es an der ersten Voraussetzung, so findet in der Regel gar keine Klage statt. Fällt die zweite Voraussetzung durch ein nach erhobener Klage abgelegtes unbedingtes gerichtliches Geständniß des Beklagten weg, so ist, wegen Mangels an Streit, ein Urtheil nicht mehr nothwendig, sondern nur ein unbedingter Befehl. Pr.O. §. 333.

Von diesen allgemeinen Grundsätzen enthalten nun allerdings die §§. 278 und 330 der Pr.O. eine Ausnahme, aber nur dahin, daß unter gewissen Umständen über ein Rechtsverhältniß ein Urtheil begehrt werden könne, selbst ehe es verletzt ist.

In einem solchen Ausnahmsfall wird alsdann bezüglich der noch nicht fälligen Leistungen der §. 330 Abs. 2 der Pr.O. zur Anwendung gebracht.

Damit ist aber nur die erste der oben aufgestellten natürlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf eine richterliche Entscheidung für gewisse Fälle nachgelassen, nicht aber auch die zweite, nämlich das Bestrittensein jenes Rechtsverhältnisses. Es ist vielmehr diese Bestreitung, und das besondere Interesse, diesem Streit sofort durch Urtheil ein Ende zu machen, gerade der Grund, welcher die Ausnahme bezüglich der ersten Voraussetzung einer Klage und eines Urtheils (der Rechtsverletzung) veranlaßt hat, und es ist keineswegs die Absicht des Gesetzgebers für einen An-

spruch ein Klagerecht zu gewähren, der nicht nur thatsächlich nicht verletzt, sondern auch vom Beklagten überall nicht einmal bestritten ist. Eine gerichtliche Anerkennung ist nur dann nöthig, wenn die freiwillige verweigert, d. h. der Anspruch bestritten wird.

Am allerwenigsten kann es die Absicht des Gesetzes sein, einen Forderungsberechtigten, dessen Anspruch weder verfallen, noch bestritten ist, ein Klagrecht zu dem Zwecke einzuräumen, um ein richterliches Pfandrecht zu erwerben *).

Zwar kann es allerdings im Interesse des Forderungsberechtigten liegen, ein solches Pfandrecht, resp. ein zu dessen Erwerbung dienendes Urtheil zu erlangen. Allein ein solches Interesse, nämlich die Erwerbung eines weiteren Rechtes, hat die Pr.O. in §. 278 nicht im Auge.

Die Absicht des Gesetzes ist vielmehr nur die, den Kläger vor denjenigen Nachtheilen zu schützen, die aus der Ungewißheit und aus dem Bestrittensein eines Rechtsverhältnisses nach Umständen für ihn entstehen können; und blos in diesem Sinne spricht §. 278 Pr.O. von einem rechtlichen Interesse des Klägers an der alsbaldigen Entscheidung.

Da nun, wie bereits oben dargethan, das Recht des Klägers Querra weder auf irgend eine Weise verletzt noch auch — soweit solches noch Gegenstand der zweiten und dritten Instanz war — jemals bestritten, vielmehr von Seiten des Beklagten stets anerkannt, und auch der Anerkennung gemäß gehandelt wurde, so fehlen alle Voraussetzungen zur Erhebung einer Klage und Erlassung eines richterlichen Urtheils, und es mußte deßhalb, sowie nach §. 168 der Pr.O. wegen der Kosten, wie geschehen, bestätigend erkannt werden. P.

VI.

1) Zum Thatbestand des Diebstahls ist nicht nothwendig, daß der Bestohlene wahrer Eigenthümer des gestohlenen Gegenstandes ist. §. 376 St.G.B.

2) Ein Auftrag zur Begehung eines Verbrechens begründet keine Straflosigkeit, sondern unter Umständen nur eine Strafminderung. §. 119. 122. 152 Ziff. 2 St.G.B.

Donat Gaffner von L. war beschuldiget, dem Joseph Vallender in der Nacht vom 2. auf den 3. Juni d. J. aus dessen Garten ungefähr 90 Bohnenstecken herausgerissen und entwendet zu haben. Das Hofgericht des Seekreises erklärte ihn des Diebstahls für schuldig und das großh. Oberhofgericht bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen:

Durch das nach Erlassung des hofgerichtlichen Urtheils abgelegte und mit den Ergebnissen der Untersuchung übereinstimmende Geständniß des Rekurrenten ist erwiesen, daß derselbe die aus dem Garten des J. Vallender abhanden gekommenen Bohnenstecken geholt und sich zugeeignet hat. Dadurch machte er sich nach §. 376 St.G.B. des Verbrechens des Diebstahls schuldig. Der Thatbestand dieses Verbrechens kann durch die Behauptung des Rekurrenten, daß er unter jenen Bohnenstecken welche erkannt habe, die von ihm einige Zeit vorher in einem fremden Walde geschnitten und von J. Vallender daselbst weggenommen worden seien, nicht beseitiget werden, weil es darauf, ob der Bestohlene wahrer Eigenthümer des entwendeten Gegenstandes ist, nicht ankommt, Rekurrent keinenfalls ein Recht auf fragliche Bohnenstecken hatte und hinsichtlich des größeren Theiles derselben nicht behaupten konnte, daß sie von denjenigen seien, welche er im Walde geschnitten habe. Umsonst beruft sich Rekurrent auf einen angeblichen Auftrag seines Dienstherren zur Verübung der That, weil nach den Bestimmungen des Strafgesetzes ein solcher Auftrag keine Straflosigkeit dessen, der das Verbrechen zur Ausführung brachte, sondern nach Umständen nur eine Strafminderung für denselben begründen kann. §. 119. 122. 152 Ziff. 2 St.G.B. Aber auch in letzterer Beziehung kann das Vorbringen des Rekurrenten nicht berücksichtiget werden, weil er dasselbe nicht durch zuläßige Beweismittel zu bewahrheiten vermochte.

Hgr.

*) Dies bestätigt der Zusatz unseres L.R. zu dem französischen Texte des Satzes 2123 Abs. 1.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 38. Mannheim, 15. September 1855.

I.

Ueber die rechtliche Wirksamkeit der landesherrlichen Verordnung vom 3. März 1853 (Reg.-Bl. No. VII.), das Mitwirkungs- und Mitaufsichtsrecht des Landesbischofs bei Verwaltung und Verwendung des katholischen Kirchenvermögens betr.

Erzbischof Herrmann gegen die Universität Heidelberg.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Herr Kläger stützt seine Berechtigung, eine Veräußerung des katholischen Kirchenvermögens, welche ohne seine Zustimmung stattgefunden hat, vor Gericht als ungiltig anzufechten, auf den §. 5 der Verordnung vom 3. März 1853. Er behauptet ferner, daß das in der Klage bezeichnete Grundstück, welches von dem großh. kathol. Oberkirchenrath verkauft worden ist, zum katholischen Kirchenvermögen gehöre und ohne seine Einwilligung veräußert worden sei.

Beklagterseits wird dagegen die Sachberechtigung des Herrn Klägers zur Erhebung einer derartigen Klage, sowie die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob jenes Grundstück katholisches Kirchenvermögen sei, bestritten, und eventuell die Behauptung der Klage, daß der veräußerte Gegenstand, beziehungsweise der Schulfond zu Heidelberg zum katholischen Kirchenvermögen gehöre, in Abrede gezogen.

Was nun zunächst die Zulässigkeit einer solchen Klage von Seiten des Herrn Erzbischofs anbelangt, so verfügt der angeführte §. 5, daß zur Veräußerung des katholischen Kirchenvermögens die Zustimmung des Herrn Erzbischofs erforderlich sei, und es fällt diese Bestimmung unter diejenigen besonderen Regeln, auf welche der L.R.S. 537 den Richter verweist, wenn es sich um Beurtheilung der Veräußerung solcher Güter handelt, die zur todten Hand gehören. Nach dem Grunde der Entstehung, sowie nach Inhalt und Form jener Verordnung muß als unzweifelhaft angenommen werden, daß dem Herrn Erzbischof ein wirkliches Recht, seine Zustimmung zu ertheilen oder zu verweigern, zugestanden werden sollte, und daß es sich hier nicht etwa blos um eine Dienstweisung für gewisse Behörden handelt, wodurch diesen aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Anfrage bei dem Herrn Erzbischof anbefohlen wurde, ohne jedoch diesem ein Recht der Zustimmung einzuräumen.

Jene Verordnung ist nämlich offenkundig durch die von dem Herrn Erzbischof erhobenen und noch viel weiter gehenden Ansprüche hinsichtlich der Verfügung über das Kirchenvermögen veranlaßt worden, und es sollten ihm auf diese Ansprüche hin derartige Befugnisse im gewissen Maße zugestanden werden. Jene Verordnung spricht auch mit ausdrücklichen Worten von Rechten des Herrn Erzbischofs und insbesondere von dem Rechte der Mitaufsicht und Mitwirkung bei Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens und nicht blos von einer Anweisung an die Behörden, seine Meinung einzuholen. Endlich ist jene Verordnung mit allerhöchster Ermächtigung Sr. königlichen Hoheit des Regenten erlassen und im Regierungsblatt verkündet worden, woraus hervorgeht, daß dieselbe eine allgemeinere Geltung haben sollte, als eine gewöhnliche Dienstinstruction und daß sie allgemein als Norm für die Veräußerung des katholischen Kirchenvermögens angesehen werden soll.

Jene Verordnung hat nun aber nicht bestimmt, was Rechtens sein soll, wenn dieselbe übertreten und eine Veräußerung ohne Zustimmung des Herrn Erzbischofs vorgenommen wird.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein bürgerliches Rechtsgeschäft, wie der Verkauf einer Liegenschaft ungil-

tig, wenn nicht alle diejenigen eingewilligt haben, deren Einwilligung nothwendig ist (L.R.S. 1108), und es kann derjenige, dessen Einwilligung fehlt, die Veräußerung als ungiltig vor Gericht anfechten.

Wenn nun als unzweifelhaft angesehen werden muß, daß dem Herrn Erzbischof ein wirkliches Recht zugestanden werden wollte, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß ihm auch ein Schutzmittel zur Seite stehen muß, um jenes Recht im Falle es verletzt wird, zur Geltung zu bringen; denn dieses gehört zum Begriff und zum Wesen eines Rechts und der §. 5 der Verordnung würde, was doch nicht seine Absicht sein kann, als rein illusorisch erscheinen, wenn man dem Herrn Erzbischof zwar ein Recht der Zustimmung oder Verweigerung zugestanden, aber einen geeigneten Weg, sein Recht in allen Fällen wirksam zu machen, abgeschnitten hätte.

Und diese Wirksamkeit muß der Natur der Sache nach darin bestehen, daß diejenigen Vermögenstheile, welche ohne Zustimmung des Herrn Erzbischofs veräußert worden sind, wieder zum katholischen Kirchenvermögen zurückgebracht werden können, und solches kann nur durch eine gerichtliche Klage des Herrn Erzbischofs erzielt werden, indem eine Veräußerung, die von den Staatsbehörden vollzogen worden ist, von diesen selbst nicht als ungiltig angefochten werden kann und angefochten werden wird.

Durch Bitten und Beschwerden bei den höchsten Staatsstellen, die dem Herrn Erzbischof auch ohne jene Verordnung zustehen würden, kann eine vollzogene Veräußerung ebenfalls nicht ungeschehen gemacht werden, und es ist daher augenscheinlich, daß, wenn dasjenige, was dem Herrn Erzbischof als ein Recht zugestanden worden ist, in Wahrheit ein Recht sein soll, diesem das Klagrecht, von dem er in diesem Falle Gebrauch gemacht hat, um so gewisser zukommen muß, als in der mehrgedachten Verordnung von einem andern Schutzmittel nicht die Rede ist, mithin die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts eintreten müssen, und als zudem von einem andern wirksamen Schutzmittel gar nicht die Rede sein kann.

Die Sachberechtigung des Herrn Klägers besteht lediglich allein in seiner Eigenschaft als Landesbischof, weil ihm in dieser Eigenschaft das Recht der Mitwirkung zugestanden ist, und da dem Herrn Kläger diese Eigenschaft unbestritten zukommt, so ist es ganz unerheblich, auf die Beklagterseits beanstandete Frage einzugehen, ob der Herr Erzbischof irgend eine juristische Persönlichkeit zu vertreten habe, und welche? Auch ist diese Eigenschaft keine von der Staatsgewalt übertragene und im Namen derselben auszuübende Amtsbefugniß, wie die Amtsbefugnisse einer Staatsbehörde, weßhalb die Collision zwischen dem Rechte des Herrn Erzbischofs und den Handlungen einzelner Staatsbehörden nicht auf dem Wege gelöst werden kann, wie wenn zwei Staatsbehörden, die beide ihre Befugnisse unmittelbar aus der Staatsgewalt ableiten, und in deren Namen handeln, in einer derartigen Lage sich befänden.

In der vordern Instanz ist zwar angenommen worden, daß das Recht der gerichtlichen Vertretung der katholischen Stiftungen nach den darüber bestehenden Gesetzen und Verordnungen nur den Staatsbehörden zukomme, und daß hievon in der Verordnung von 1853 keine Ausnahme gemacht sei. Es ist dieses auch in so ferne richtig, als in jener Verordnung mit ausdrücklichen Worten die Anwendung jener Gesetze auf diesen Fall nicht aufgehoben ist, allein es versteht sich von selbst, daß Bestimmungen, welche auf der Voraussetzung beruhen, daß dem Herrn Erzbischof ein Recht der Zustimmung nicht zukomme, auf den Fall, wo ihm ein solches Recht zugestanden ist, nicht angewendet werden können, wenn dadurch das Recht selbst wieder aufgehoben würde.

Der Einwand der Unzuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung der Frage, ob ein Vermögen als kath. Kirchenvermögen anzusehen sei, muß aus dem gleichen Grunde verworfen werden, wie die Beanstandung der Sachlegitimation; denn eben diese Frage ist es, auf deren Beurtheilung es in derartigen Rechtsstreitigkeiten hauptsächlich und wohl regelmäßig allein ankommen wird, und wenn man daher die Entscheidung dieser Frage den Gerichten entziehen würde, so wäre damit dem Herrn Erzbischof der Rechtsweg und das Klagrecht selbst abgeschnitten.

Hiernach kommt es bei Entscheidung der Sache nur darauf an, ob der Herr Kläger den Beweis geführt hat, daß das veräußerte Grundstück zum kathol. Kirchenvermögen gehöre.

In dieser Beziehung stellt sich jedoch der erhobene Anspruch als verwerflich dar, indem die Eigenschaft des den Gegenstand des angefochtenen Kaufvertrags bildenden Grundstücks als Kirchengut nicht nachgewiesen wurde.

Die Klage beschränkt sich auf die Anführung, daß das Kirchenärar im Jahre 1833 das Seminariumsgebäude dem Staatsärar gegen das gräflich von Jenisonsche Haus „zum Riesen" tauschweise überlassen, und daß durch einen im Jahr 1853 abgeschlossenen, sowohl von dem großh. Oberkirchenrathe als dem großh. Ministerium

des Innern genehmigten Kauf das kath. Kirchenärar beziehungsweise der Hauptschulfond zu Heidelberg an die Universität daselbst von der Liegenschaft zum Riesen die hinter dem Verwaltungsgebäude und dem Garten liegende Bleiche von 2 Vrtl. 98 Ruth. 77 Schuh um die Summe von 15,000 fl. zu Eigenthum abgetreten habe.

Daraus nun, daß in dem Vertrag vom Jahr 1833 das Kirchenärar als Contrahent aufgeführt ist, wird der Schluß gezogen, daß die fragliche Liegenschaft Kirchengut sei. Diese Folgerung ist jedoch deßhalb nicht gerechtfertigt, weil jener Vertrag ausdrücklich für den Schulfond in Heidelberg genehmigt wurde, und bei dem Verkauf vom Jahr 1853 der großh. Oberkirchenrath gleichfalls Namens des Schulfonds gehandelt hat, weil ferner, in Uebereinstimmung hiermit von dem Anwalt des Herrn Klägers in der Tagfahrt vom 27. Mai 1854 zugegeben wurde, daß der im Streit befangene Gegenstand der Schulfondverwaltung unterstehe.

Da demnach unbestrittenermaßen der Vertragsgegenstand dem Schulfond angehörte, erscheint die in dem Tauschvertrage vom Jahr 1855 vorkommende Benennung des Kirchenärars als eine irrthümliche und daher auch nicht entscheidende.

Der Oberappellant legt nun aber das Hauptgewicht auf die zur Ergänzung der Klage vorgebrachte Behauptung, daß der heidelberger Schulfond ein kirchlicher Fond sei. Er sucht dies theils durch die Entstehungsgeschichte dieses Fonds und die ihm gegebene Bestimmung theils durch das erfolgte Anerkenntniß jener Eigenschaft durch den großh. Oberkirchenrath, sowie auch durch die Berufung auf den Reichsdeputationshauptschluß vom Jahr 1803 nachzuweisen.

Insoweit nun geltend gemacht wird, daß das frühere Seminariumsgebäude dem Jesuiten-Orden und später den Lazeristen überlassen worden war, steht dem erhobenen Anspruche die Aufhebung dieser Ordensgesellschaften und die Ausscheidung des Vermögens als Hauptschulfond entgegen.

Daß in den vorgelegten Rechnungsauszügen der Schulfondverwaltung auch Verwendungen theils zu Kirchenbauten, theils für andere kirchliche Bedürfnisse vorkommen, ist unerheblich. Derartige Ausgaben, welche auch in Staats- und Gemeinderechnungen erscheinen, lassen sich aus dem Zehntbezug oder einem ähnlichen Verpflichtungsgrund erklären.

Insoweit der Fond aus dem Vermögen einer aufgehobenen Ordensgesellschaft herrührt, folgt es übrigens schon aus der Vorschrift des §. 9 Abs. 2 des 1. Constitutionsedicts vom Jahr 1807, daß mit der Einziehung des Vermögens die entsprechenden Pflichten und Lasten, mochten sie die Seelsorge oder den Unterricht betreffen, fortdauern mußten.

Auch der Umstand, daß unter den Stiftungen, über deren Stand der großh. Oberkirchenrath dem erzbischöflichen Ordinariate jeweils Mittheilung machte, der heidelberger Schulfond aufgeführt wurde, ist von keinem Belang. Die Aufnahme oder Auslassung einer Stiftung aus jenem Verzeichnisse konnte an der rechtlichen Natur derselben nichts ändern.

Der Erklärungsgrund der Mittheilung kann übrigens leicht darin gefunden werden, daß der großh. Oberkirchenrath dem erzbischöflichen Ordinariat davon Kenntniß geben wollte, wie er die ihm nach der angezogenen Bestimmung des 1. Constitutionsedicts obliegenden Pflichten forthin erfülle.

Wenn endlich der Vertreter des Herrn Klägers unter Hinweisung auf §. 63 des Reichsdeputationshauptschlusses vom Jahr 1803, mit welchem der §. 9 des oben gedachten Edicts im Einklang steht, die Behauptung aufstellt, daß alles dasjenige Vermögen, welches Eigenthum katholischer Kirchengemeinden, beziehungsweise der katholischen Kirchengemeinschaft ist, die Eigenschaft eines katholischen Kirchenvermögens habe, so kann diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit nicht als richtig erkannt werden.

Zwar schützen die angeführten Gesetze die Kirche in ihrem unbestrittenen Eigenthum, allein unter diesem ist das Vermögen der aufgehobenen geistlichen Orden nicht begriffen.

Aus der Zusicherung aber, daß kein Religionstheil in dem Besitz und Gebrauch seiner Kirchen-, Pfarr- und Schuleinrichtungen zu Gunsten irgend eines andern Religionstheils gestört oder beeinträchtigt werden dürfe, kann nicht abgeleitet werden, daß z. B. ein Schulfond deßhalb, weil er den Angehörigen der katholischen Religion gehört, Kirchengut sei.

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

II.

Wiederherstellung wegen Neuheiten.

Die Vermuthung, daß ein Zehntberechtigter durch seine jeweiligen Beiträge zu Kirchenbaubedürfnissen die auf dem Zehenten haftende Verbindlichkeit erfüllt habe — kann im einzelnen Falle durch Gegenbeweise entkräftet werden.

Annalen XXII. 62.

Fiscus gegen Menzenschwand.

Nachdem der Zehnte, welchen der großh. Domainenfiscus, als Rechtsnachfolger des ehemaligen Stifts St. Blasien, auf Menzenschwander Gemarkung zu beziehen hatte, im Jahr 1839 zur Ablösung gekommen war, sollte auch die Baupflicht zur dasigen Kirche, als eine Zehentlast, abgelöst werden.

Der großh. Fiscus erkannte nämlich, ohne aber irgend ein Baufactum zuzugeben, die subsidiäre Baupflicht des Zehentens an und begehrte deren Ablösung, welcher sich das Kirchspiel widersetzte, indem St. Blasien erst durch einen Vergleich von 1792 den an sich unbedeutenden Zehenten auf Menzenschwander Gemarkung erworben und doch schon früher, namentlich im Jahr 1688, die Kirche hergestellt und fortan unterhalten, sonach in anderer Eigenschaft als der eines Zehentherrn gebaut habe, worüber dem großh. Fiscus der Nichtwissenseid dahin zugeschoben ward:

> „daß das ehemalige Benedictinerstift (Gotteshaus) St. Blasien bereits vor einigen Jahrhunderten die Kirche in Menzenschwand erbaut, dieselbe insbesondere im Jahr 1688 hergestellt habe."

Ein hofgerichtliches, vom höchsten Gerichtshof bestätigtes Urtheil erkannte auf diesen Eid, welcher aber nach der Hand, da die großh. Hofdomainenkammer nicht schwören zu können erklärte, für verweigert angesehen, sohin die fiscalische Klage — soweit sie die Anerkennung der fragl. Baupflicht als eine Zehentlast und deren Ablösung verfolgte — durch hofgerichtliches Vereinigungserkenntniß vom 4. März 1853 abgewiesen wurde, weil nunmehr die von Menzenschwand behauptete Thatsache, daß St. Blasien in anderer Eigenschaft als der eines Zehentherrn gebaut habe, für hergestellt zu erachten war.

Ein Jahr später — am 7. März 1854 — reichte der großh. Fiscus bei dem oberrheinischen Hofgerichte eine Wiederherstellungsklage ein, worin er unter Bezug auf eine neuentdeckte Urkunde bat, ihn nach Leistung des im §. 1216 der Pr.O. vorgeschriebenen Eides gegen die früheren Erkenntnisse wieder herzustellen und auszusprechen:

> „es sei die ihm subsidiär obliegende Baupflicht zur Menzenschwander Kirche unbedingt als eine Zehentlast zu erklären und demzufolge die Gemeinde schuldig, die Ablösung dieser Zehentlast geschehen zu lassen."

Das großh. Hofgericht verhandelte über diese Wiederherstellungsklage bis zur Duplik und wies dieselbe durch Urtheil vom 17. Januar 1855 ab, welches auf Appellation des großh. Fiscus die oberhofgerichtliche Bestätigung erhielt.

Gründe.

Die Wiederherstellungsklage stützt sich in der Hauptsache auf eine Urkunde vom 12. Juni 1581, durch welche dargethan werden will:

> „daß die Abtei St. Blasien, deren Rechtsnachfolger der großh. Fiscus ist, schon im Jahr 1688 den Zehenten auf Menzenschwander Gemarkung bezogen hat"

Es ist nun zwar richtig, daß das Stift in obiger Urkunde den Fruchtzehenten von Korn, Haber und Gerste in den beiden Thälern von Bernau und Menzenschwand sich stipuliren ließ.

Allein wenn man erwägt,

1) daß das Stift, wie auch die schon im Vorprozesse von großh. Fiscus producirte Urkunde vom 17. März 1784 hervorhebt, zu Menzenschwand nicht allein Zehentbesitzer, sondern zugleich Ortsherr und Pfarrer war und damals den Zehentertrag als ein sehr geringer bezeichnet wurde;
2) daß erst im Jahr 1792 eine größere Masse von Gütern durch das Stift den Einwohnern von Menzenschwand zu Eigenthum und mit Belastung durch den Zehenten übertragen wurde;
3) daß demungeachtet, wie fiscalischerseits zugegeben ist, bei der durch Vertrag vom 20. August 1839 erfolgten Ablösung des Fruchtzehenten das Ablösungskapital, also der 20fache Betrag der Abgabe, nur auf 199 fl. 33 kr. festgesetzt worden war;
4) daß also der Zehentbezug vor 1792 und namentlich 1688 in einer Zeit, in welcher der Culturzu-

stand des Bodens noch nicht dem gegenwärtigen gleichgekommen sein kann, nothwendig ein völlig unbedeutender gewesen sein muß;

so läßt sich unmöglich annehmen, daß das Baufactum von 1688 in der damals bestandenen Zehentberechtigung, in dem Rechte zum Bezug eines eigentlichen Kirchspielszehentens (Bauedict §. 8) seinen Grund hatte; es spricht vielmehr die Vermuthung dafür, daß das reiche Gotteshaus, dessen gesammtes Vermögen als Kirchenvermögen anzusehen war, die fragliche Kirche hergestellt habe, um für das religiöse Bedürfniß seiner theils zum Dorf, theils zum Hof gesessenen Unterthanen des Menzenschwander Thales zu sorgen, wozu es sich als geistliche Herrschaft und Eigenthümer eines größeren Theils vom Grund und Boden besonders verpflichtet halten mochte.

Aus diesen Gründen konnte die neubeigebrachte Urkunde, auch abgesehen von der Frage: ob fiscalischerseits eine unentschuldbare Verspätung in deren Vorlage vorhanden sei oder nicht, nicht für erheblich und entscheidend, sohin auch der großh. Fiscus durch das hofgerichtliche Urtheil nicht für beschwert erachtet werden.

Bemerkung.

Die Urkunde, welche der Restitutionsklage zu Grund liegt, soll nach fiskalischer Behauptung erst am 23. Febr. 1854 im Landesarchiv aufgefunden und sofort der großh. Hofdomainenkammer mitgetheilt worden sein. Die Beklagte schützte nun vor, daß sich der großh. Fiskus in einem Verschulden befinde, wenn er die fragliche Urkunde nicht schon längst gekannt habe, da ihm das großh. Landesarchiv jederzeit zugänglich gewesen und er gewissermaßen als langjähriger Besitzer des Documents anzusehen sei 2c. 2c.

Die oberhofgerichtliche Minorität wollte auch hierauf eingehen und die Wiederherstellungsklage wegen verspäteter Vorlage der angeblich neu aufgefundenen Urkunde verwerfen, allein die Majorität hielt entgegen, es werde nach dem gemeinen Rechte, aus welchem unsere Prozeßordnung hervorgegangen, ebensowenig erfordert, daß die Nichtkenntniß unverschuldet sei, als es darauf ankomme, ob der Implorant schon früher im Besitze der Nova war oder nicht; wäre nun die Urkunde erheblich, so müßte es nach §. 1210 der Pr.O. genügen, wenn der großh. Fiscus beschwören würde, daß er die Kenntniß davon erst 42 Tage vor dem 7. März 1854 erlangt habe.

Der urtheilende Senat fand jedoch nicht nöthig, sich hierüber auszusprechen, weil er den Inhalt der Urkunde selbst nicht für entscheidend ansah, und deßhalb vorzog, das hofgerichtliche Urtheil aus materiellen Gründen zu bestätigen; um so mehr, als sich die bisherige Praxis (Annalen XV. Nr. 37 S. 157) nach dem Restitutionseide erst dann umsieht, wenn das Novum selbst erheblich befunden wird.

D. R.

III.

Rechtsfall zur Erläuterung des Unterschieds zwischen Unterschlagung und Betrug gegen Gläubiger.

Der 30 Jahre alte, verheirathete Rebbauer Anton End von Rammersweier, welcher bisher unbescholtenen Rufes war, verkaufte in der Absicht, nach Amerika auszuwandern, durch Versteigerung vom 27. Dezember 1854 seine Güter auf sechs Jahrestermine und erzielte dabei einen Gesammterlös von 1552 fl. Die betreffenden Kaufschillingsforderungen (sog. Termine) bot er dem Jakob Jockers VI. von Hesselhurst an, welcher sich auch bereit erklärte, dafür 7 pCt. weniger, als die Forderungen betragen, zu bezahlen, jedoch die Bedingung machte, daß die betreffenden Güter pfandfrei gemacht werden. Nachdem nun auf Antrag des Angeschuldigten von großh. Oberamte Offenburg bereits Tagfahrt zur Schuldenliquidation auf Dienstag den 27. Februar l. J. angeordnet worden war, kam derselbe in Begleitung des Bürgermeisters Hausmann und des Bürgers Sigmund Zink von Rammersweier am Sonntag den 25. Febr. zu Jockers nach Hesselhurst und erhielt von demselben von der auf 1440 fl. berechneten Cessionssumme einstweilen 1340 fl. 48 kr. gegen sein Versprechen ausbezahlt, daraus sogleich (am andern Tage) seine zwei Pfandgläubiger, die Zehntverrechnung in Altenheim und Freiherrn von Duboys, beziehungsweise Finanzrath Brückner in Offenburg, welche zusammen 750 fl. auf seinen Liegenschaften stehen hatten, abzubezahlen, und sodann dem Cessionar Jockers die Papiere über diese Cession auszustellen, worauf die übrigen 100 fl. nachbezahlt werden sollten.

Bürgermeister Hausmann, welcher auf dem Heimwege

die Bemerkung fallen ließ, daß Jockers dem Angeschuldigten durch Ueberlassung des Geldes auf einfache Quittung und ohne Bürgschaft viel Zutrauen geschenkt habe, forderte denselben auf, am andern Morgen mit Rathschreiber Busam nach Offenburg und Altenheim zu gehen und die erwähnten Obligationen abzuzahlen.

Der Angeschuldigte begab sich aber in jener Nacht nach Strasburg und von da mit einem bei Agent Ehrmann auf den falschen Namen eines Andreas Spöck von Altenheim eingelösten Ueberfahrtscontracte nach Paris, von wo er auf Betreiben des Jak. Jockers durch die französischen Behörden zurückgeliefert wurde, nachdem sich inzwischen am 5. März auch seine Frau heimlich von Rammersweier entfernt hatte.

Durch diese Entfernung, welche der Angeschuldigte mit den vorausgeschickten Thatsachen als richtig zugestehen mußte, hat er sich vor Allem einer Unterschlagung zum Nachtheile des J. Jockers im ungefähren Betrage von 700 fl. schuldig gemacht.

Denn durch das Uebereinkommen vom 25. Februar übernahm er die Verpflichtung, von den ihm zu diesem Zwecke anvertrauten 1340 fl. den Betrag seiner zwei Pfandschulden zu deren Abtragung zu verwenden und ihn an die betreffenden Gläubiger abzuliefern. Diese hatten damals nach ihrer eidlichen Angabe zu fordern und zwar

a) Pfarrzehntrechner Roth in Altenheim	
Capital	350 fl.
und Zins zu 5 pCt. vom 1. Juni 1853, also bis dahin 1855	35 fl.
b) Finanzrath Brückner in Offenburg als Verwalter des Freiherrn von Duboys	
Capital	400 fl.
und Zins zu 5 pCt. seit 18. Februar 1854, also bis 1855	20 fl.
	805 fl.

oder in runder Summe 800 fl.

In Folge jener Beseitigung von 1340 fl. und des übrigen Baarvermögens der Anton Endischen Eheleute im anerkannten Gesammtbetrage von ungefähr 1800 fl. kam Jak. Jockers in die Lage, entweder selbst diese zwei Pfandschulden, deren Zinsen mit jedem Tag sich mehren, zu bezahlen, oder sich deren Betrag von Seite der Gütersteigerer abziehen zu lassen (Vergl. L.R.S. 1653), welcher Verlust nur um die am Cessionspreis zurückbehaltene Summe von 100 fl. vermindert wird, während die erst bei der Verhaftung dem Angeschuldigten abgenommen und dem Beschädigten zurückgegebenen 265 fl. 12 kr. die Strafbarkeit der Unterschlagung nicht mehr berühren können.

Aus diesen Gründen wurde der Angeschuldigte wegen Unterschlagung und wegen der von ihm außerdem verübten betrüglichen Verkürzung verschiedener Gläubiger durch Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 25. August l. J. zu geschärfter Arbeitshausstrafe von 2¼ Jahre verurtheilt, welche Strafe er auch sofort antrat.

Abweichend hievon wurde die Meinung geltend getend gemacht, daß auch das Vergehen des Angeschuldigten gegenüber dem Jockers einen Betrug gegen Gläubiger bilde, und wurde zu dessen Begründung vorgetragen:

Was das dem Jockers gegenüber verübte Vergehen betrifft, so muß zwar zugegeben werden, daß Jockers kein Gläubiger des Angeschuldigten in dem engeren Sinne eines direct zum Bezuge einer gewissen Geldsumme Forderungsberechtigten ist, allein der Sinn und Geist des §. 465 St.G.B. paßt doch eher, als der Begriff der Unterschlagung (§. 400 St.G.B.), da Jockers immerhin im weiteren Sinne des Wortes ein Gläubiger des Angeschuldigten ist. Vrgl. L.R.S. 1693 ff. Jockers bezahlte nemlich an den Angeschuldigten die 1340 fl. als Kaufpreis für die cedirten Kaufschillingsforderungen, und machte es sich nur zur Bedingung, daß die betreffenden Liegenschaften von den Pfandlasten freigemacht werden, und ließ sich daher nur in Folge dieses Vertragsgedings vom Angeschuldigten versprechen, daß dieser vor der Ausfolgung der Rechtsurkunden einerseits und der Nachzahlung des Restcessionspreises andererseits seine d. h. des Angeschuldigten Pfandschulden abtragen werde. Das übergebene Geld war daher kein fremdes, dem Angeschuldigten blos zur Verwahrung oder Verwaltung oder Ablieferung anvertrautes, sowie auch die Schulden, welche er bezahlen sollte, keine Schulden desjenigen waren, der ihm das Geld gab, diese vielmehr den Jockers noch gar nichts angingen, und er gerade, weil er nichts damit zu thun haben wollte, jene Bedingung machte. Er hat dem Angeschuldigten das Geld gerade so anvertraut, wie ein Darlehensgeber, welchem versprochen wird, daß aus dem Darleihen ältere Pfandschulden abbezahlt werden, in welchem Falle man, wenn der Darlehensempfänger ähnlich, wie der Angeschuldigte, mit dem Gelde durchgehen würde, gewiß nur von einem Betruge gegen Gläubiger, und nicht von einer Unterschlagung sprechen könnte.

Deßhalb und weil der Angeschuldigte auch abgesehen von dem Uebereinkommen mit Jockers die Pflicht hatte, seine Geldmittel namentlich im Hinblicke auf seine Auswanderung zur Befriedigung seiner Gläubiger, mithin auch derjenigen, welche nebenbei durch ihre Pfandrechte gesichert waren, zu verwenden, scheint es gerechtfertigt, die ganze Handlungsweise des Angeschuldigten als eine verbrecherische That, nemlich als Betrug gegen Gläubiger, aufzufassen. —

Ist auch die Sache nicht unzweifelhaft, so hält doch Einsender dafür, daß der Mißbrauch des Vertrauens, welches Jockers dem Angeschuldigten bewies, den überwiegenden Gesichtspunkt bei Beurtheilung des Falles bildet, und dieß führt hier, wie in dem angeführten Beispiele von Hingabe eines Darleihens, zu der Annahme einer Unterschlagung, zumal da in beiden Fällen durch die Entfremdung des Gelds nur der, welcher es hingab, beschädigt ist, indem sich die Pfandgläubiger an ihre Hypothek halten, und die Steigerer durch L.R.S. 1653 geschützt sind.

Dr. Puchelt.

IV.

Ist der Gläubiger genöthigt, Forderungen, welche fünf Gulden, beziehungsweise fünfzehn Gulden nicht überschreiten, auch dann vor dem Bürgermeisteramte geltend zu machen, wenn er noch andere Forderungen an denselben Schuldner besitzt, welche für sich, oder mit den ersterwähnten zusammengerechnet die bürgermeisteramtliche Zuständigkeit übersteigen?

Organisationsedict vom 26. November 1809, Beilage B. 7 d.
Gemeinde Ordnung §. 41 a. E.
L.R.S. 1346.
Pr.O. §. 280.

Obige Frage kam bei einigen Aemtern neuerdings zur Erörterung. Es wird daher nicht als verspätet erscheinen, jetzt noch ein diesen Gegenstand besprechendes amtliches Erkenntniß, und eine darauf erfolgte Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts zur öffentlichen Kenntniß zu bringen.

Bei dem Oberamte Bruchsal war eine Klage eingereicht worden, in welcher verschiedene Forderungen gegen denselben Schuldner aber aus verschiedenen Rechtstiteln zusammen im Gesammtbetrage von mehreren hundert Gulden geltend gemacht wurden. Unter diesen Forderungen waren mehrere, welche den Betrag von 5 fl. nicht erreichten. Das Oberamt erkannte:

> Die Klage hinsichtlich der Posten unter 2. 3. 6 und 8 findet hier nicht statt, da keiner dieser Ansprüche den Betrag von 5 fl. übersteigt.

Diese Ladungsversäglung wurde noch weiter motivirt und es sind besonders folgende Sätze aus der Begründung des amtlichen Erkenntnisses hervorzuheben: „Solche Beträge (welche fünf Gulden nicht übersteigen) sind organisationsmäßig *) in Landgemeinden bei den Bürgermeistern einzuklagen, und ist dabei vom Richter überall keine Unterscheidung zu machen, ob mehrere den Betrag von 5 Gulden nicht übersteigenden Posten zugleich oder einzeln eingeklagt werden. Das Gesetz geht hiebei offenbar von der Ansicht aus, daß die Einklagung solcher geringfügigen Summen bei den Gerichten als mit unverhältnißmäßigen Kosten und Zeitaufwand, so wie mit einer großen Belästigung für die Gerichte verknüpft, nicht stattfinden soll." — — und weiter:

„Der §. 280 der Pr.O. und L.R.S. 1346 stehen der vom Untergericht festgehaltenen Ansicht nicht entgegen. Denn der §. 280 setzt bei einer Klaganhäufung gerade ausdrücklich die Zuständigkeit des Richters für jeden der einzelnen Ansprüche voraus, und der L.R.S.

*) Dieses, scheint mir, ist gerade die Frage, ob durch das Organisationsedikt vom 26. November 1809 eine ausschließliche Gerichtsbarkeit der Bürgermeisterämter hat geschaffen werden wollen. Während nach §. 4. 5 des 2. Constitutionsedikts vom 14. Juli 1807 (Reg.-Bl. S. 125) den Ortsvorgesetzten ein Vermittlungsrecht ertheilt ist, vermöge dessen alle Streitsachen zwischen Ortsangehörigen, die nicht eine halbe (in Städten drei Viertel) Mark Silbers (somit 12 und 18 fl.) übersteigen, zuerst an sie gebracht werden müssen, damit sie ihren „Vermittlungsspruch" geben, (eine Vermittlung, bei der sich indessen die Partheien beruhigen mußten, wenn ihre Beschwerde nicht die Hälfte der Streitsumme überstieg), erklärt §. 7d des Organisationsediktes von 1809 kategorisch: „Der Ortsvorgesetzte hat Streitigkeiten, welche auf dem Lande nicht über fünf Gulden, und in Städten nicht über fünfzehn Gulden betragen, zu entscheiden;" und der §. 41 der Gemeindeordnung a. E. sagt: „Der Bürgermeister versieht gerichtliche Funktionen, soweit ihm solche durch die Gesetze übertragen sind." Weitere gesetzliche Bestimmungen, als diese, besitzen wir nicht.

D. E.

1346 hat ebenfalls nicht die Absicht an der organisationsmäßig ausgesprochenen Zuständigkeit der Gerichte etwas abzuändern, sondern spricht offenbar nur von solchen Fällen, in welchen der Punkt der Gerichtszuständigkeit nicht in Zweifel ist. Entständen die einzelnen, die Summe von 5 fl. nicht übersteigenden Beträge oder Ansprüche aus einem und demselben Rechts- oder Vertragsverhältniß, so könnte allerdings darüber kein Zweifel entstehen, daß für alle, auch wenn sie den Betrag von 5 fl. übersteigen, das Untergericht zuständig ist. Wenn aber wie hier, jeder der fraglichen Beträge aus ganz verschiedenen Rechts- oder Vertragsverhältnissen entstanden ist, ist offenbar jeder Einzelne auf und für sich zu betrachten."

Der Kläger ergriff gegen diese Ladungsversagung das Rechtsmittel der Berufung, welchem das mittelrheinische Hofgericht statt gab, und abändernd zu Recht erkannte, daß das Oberamt Bruchsal bezüglich der Klageposten 2. 3. 6 und 8 für zuständig zu erklären sei, dasselbe daher in der Sache selbst rechtliche Verfügung zu erlassen habe.

Entscheidungsgründe.

Es kann der Kläger nach §. 280 der Pr.O. mehrere Ansprüche gegen den nämlichen Beklagten in dem nämlichen Klagvortrage geltend machen. Zwar ist die Beschränkung beigefügt, daß der nämliche Richter für jeden dieser Ansprüche zuständig sein soll; allein da die Abscheidung der Zuständigkeit zwischen den Bezirksämtern und den Bürgermeistern nicht nach der Gattung des Rechtsstreites, sondern nur nach der Summe der eingeklagten Forderung geregelt ist, so ist das Bezirksgericht für alle in der nämlichen Klage geltend gemachten Forderungen zuständig, wenn dieselben zusammengenommen die Summe erreichen, welche zur Begründung der bezirksamtlichen Competenz erforderlich ist.

Nach L.R.S. 1346 ist der Kläger sogar verpflichtet, alle seine Forderungen bei Verlust derselben, sofern sie nicht ganz durch Urkunden erweislich sind, gleichzeitig, also vor dem nämlichen Richter, einzuklagen, woraus folgt, daß, wenn alle Forderungen theils unter, theils über 5 fl, zusammen 15 fl. übersteigen würden, die kleineren, mit den größeren vor dem nämlichen Richter und zwar, da hier von der Zuständigkeit des Bürgermeisters keine Rede sein könnte, vor dem Bezirksamte eingeklagt werden müßten, wenn ihre fernere Geltendmachung nicht unzulässig sein soll. Hieraus folgt, daß der Richter eine solche Klage auch anzunehmen hat, wenn gleich einzelne Forderungen darunter sind, welche für sich allein geltend gemacht, zur Gerichtsbarkeit des Bürgermeisters gehören würden. —

Otf.

V.

Wird der Bürge von seiner Verbindlichkeit dadurch frei, daß der Gläubiger in der Gant seines Schuldners nicht liquidirt, namentlich die Vorzugs- und Pfandrechte nicht geltend macht?

L.R.S. 2037.

Oberhofg. Jahrb. n. F. XIII. S. 145.

Obige Frage wurde vom großh. Oberhofgericht verneint. Dagegen hat das Hofgericht des Seekreises dieselbe in Sachen Sparkasse Erbach gegen Stigling bejaht und den L.R.S. 2037 für anwendbar erklärt. Zwar, so besagen die hofgerichtlichen Motive, hat der Bürge, wenn der Schuldner in Gant gerathen ist, gemäß L.R.S. 2032 gegen diesen ein Klagrecht, jedoch nur auf Schadloshaltung und er selbst kann die dem Gläubiger zustehenden Vorzugs- und Unterpfandsrechte nicht geltend machen, außer wenn er den Gläubiger bezahlt und dadurch in dessen Rechte eintritt. L.R.S. 2151. Allein das Gesetz hat dem Bürgen nirgends zur Pflicht gemacht, bei Ausbruch einer Gant des Schuldners, den Gläubiger sofort, ohne daß dieser ihn belangt, zu bezahlen und es kann dieses dem Bürgen auch nicht zugemuthet werden. Auch nach gemeinem Recht gilt der Grundsatz, daß der Bürge frei wird, wenn der Gläubiger in der Gant nicht liquidirt.

Vangerow, Pandekten III. §. 578.

Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 39. Mannheim, 22. September 1855.

I.

Was gehört zum Thatbestand des Verbrechens einer längeren Mißhandlung oder Peinigung nach §. 229 des St.G.B.?

Rechtsfall.

Scribent Georg Adam S... in Karlsruhe lebt mit seiner jetzigen Ehefrau Susanna Katharina Wetzel in zweiter Ehe. Aus erster Ehe leben ihm noch 3 Kinder, deren jüngstes vier, deren zweitjüngstes fünf Jahre alt ist.

Beide Ehegatten wurden angeschuldigt, diese drei Kinder und namentlich die beiden Knaben von vier und fünf Jahren schwer mißhandelt, und diese Mißhandlung längere Zeit hindurch fortgesetzt zu haben. Das mittelrheinische Hofgericht erkannte, daß die Georg Adam S...., sche Ehefrau der an ihren beiden Stiefkindern Max und Karl S... längere Zeit fortgesetzten körperlichen Mißhandlung für schuldig zu erklären, und deßhalb in eine viermonatliche Kreisgefängnißstrafe zu verurtheilen sei. Bezüglich des Ehemannes wurde erkannt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. Es wird daher von diesem Angeschuldigten hier nicht weiter die Rede sein.

Das Wesentliche der Untersuchung gegen die S... sche Ehefrau*) besteht in Folgendem:

Die Mißhandlungen der beiden Knaben wurden von verschiedenen Zeugen während eines Zeitraums von je 6 Monaten gemacht, in welchem die S... schen Eheleute in verschiedenen Häusern zur Miethe wohnten. In der einen und in der andern Wohnung hörten Hausgenossen und Nachbarsleute sehr häufig, fast täglich und oft lange andauernd ein Jammergeschrei der S... schen Kinder und namentlich der Knaben. Man hörte Schläge fallen, und sah häufig nach solchen Scenen, die manches Mal einen Zusammenlauf der Leute, oder auch das Einschreiten der Hausgenossen oder Nachbarn veranlaßten, am Körper der Kinder Spuren arger Mißhandlung. Die beiden Knaben waren skrophulös, sie hatten verkümmerte Extremitäten, und schienen einer passenden und genügenden Ernährung zu entbehren. Von verschiedenen Zeugen ist auch angegeben, daß die Kinder keine hinreichende Nahrung von ihrer Mutter erhielten, und diese gleichwohl es ihnen verboten hatte, von den Hausleuten Speisen anzunehmen. Eine Zeugin, zu welcher der eine Knabe gebracht wurde, nachdem ihn seine Stiefmutter an den Schemel geworfen hatte, so daß er am Kopfe blutete, erzählt, daß dieses Kind Kaffe und Brod, was sie ihm gereicht, sehr gierig zu sich genommen habe; hieraus und aus dem schlechten Aussehen des Kindes schloß sie, daß dasselbe nicht genug zu essen bekomme, und ein anderer Zeuge gab den Kindern öfters aus Mitleiden zu essen. — Ueber die Vorgänge in der ersten Wohnung erzählt ein Zeuge, es sei jeden Tag mehrmals ein herzzerreißendes Kindergeschrei entstanden, und obschon die kindlichen Stimmen, „Mutter, ach liebe Mutter!" gerufen, seien unzählige Schläge gefallen, so daß „es nicht zum Aushalten gewesen sei." (Gleicher Ausdrucksweise bedient sich ein anderer Zeuge aus der Zeit, in welcher die S... schen Eheleute in der zweiten Miethwohnung waren.) Derselbe Zeuge nahm sehr oft wahr, daß ein Kind auf den Boden hinaus geworfen wurde. Ein Zimmernachbar bezeugt, daß jeweils zur Essenszeit ein Kind ganz „unbarmherzig" ge-

*) Die Einzelheiten dieser empörenden Behandlung von Stiefkindern durch ihre Stiefmutter hier aufzuführen, wie sie die sehr detaillirt gearbeiteten Entscheidungsgründe angeben, gestattet nicht der Raum dieser Zeitschrift.

D. R.

schlagen wurde, so daß er sich, um dem Schlagen ein Ende zu machen, veranlaßt sah, an die Zwischenwand zu pochen. Ein anderer Zeuge nahm wahr, daß die Kinder täglich und zu allen Tageszeiten, und dem Schall der Schläge nach zu urtheilen, mit einem Lineale oder einem Stocke geschlagen wurden.

Die Kinder werden als sehr eingeschüchtert, aber keineswegs als bösartig oder ungezogen geschildert, so daß sie die Schläge, wenn sie Züchtigungen sein sollten, „ganz unmöglich verdient haben könnten," wie ein Zeuge sich ausdrückte, während ein anderer Zeuge die Züchtigungen als „ganz unnöthig" bezeichnete.

Ganz in derselben Weise nur weit detaillirter spricht sich eine Reihe von Zeugen über die Mißhandlungen aus, welche die Kinder in der zweiten Miethwohnung der S . . . schen Eheleute von ihrer Stiefmutter zu erdulden hatten. Namentlich geben diese Zeugen auch ihre Wahrnehmungen über die Folgen der Schläge an den Körpern der mißhandelten Kinder an. Die Einen fanden „die Kinder am Leibe arg zugerichtet," Andere „am ganzen Körper Spuren erlittener Mißhandlung," Andere „Striemen und Schwielen" am Rücken, an den Schenkeln und am Hintern, und die ärztliche Besichtigung ergab die deutlichsten Spuren erlittener gröblicher Mißhandlung.

Sämmtliche Zeugen, welche über die Ursache dieser Züchtigung vernommen wurden, geben an, daß dazu keine oder keine gegründete Veranlassung vorhanden gewesen sei.

Ein Zeuge sagte: Die S. schlug die Kinder einmal, „weil sie miteinander spielten, das andere Mal, weil sie nicht mit einander spielen wollten;" ein anderer Zeuge gab an, daß der eine Knabe geschlagen worden sei, weil er beim Morgengebete die Worte: „segne Alles" zu sagen vergessen habe. Die S. äußerte auch öfter: „die Kinder haben keine Liebe zu mir, deßhalb brauche ich auch keine zu ihnen zu haben" u. s. w.

„Bringt man das bisher Gesagte miteinander in Verbindung — sagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, nachdem alle einzelnen Zeugenaussagen über die anhaltenden und oft wiederholten Mißhandlungen der S . . . schen Kinder zusammen erörtert waren, — so erübrigt kein Zweifel daran, daß die beiden kleinen Knaben des S . . . lange Zeit hindurch, fast täglich körperliche Mißhandlungen erlitten haben, welche wenn sie auch keine Verletzung der Gesundheit der Kinder bewirkten, doch immerhin als sehr harte betrachtet werden müssen, da sie häufig so starke Spuren und Verletzungen am Körper der Kinder zurückgelassen haben. Es ist auch nicht zu bezweifeln, daß im Allgemeinen wenigstens die mißhandelten Kinder keine genügende Veranlassung zu schwereren Züchtigungen gegeben, und daß die zugefügten Mißhandlungen das Maß erlaubter Züchtigung weit überschritten haben. Es waren aber diese Mißhandlungen um so härter, als sie so häufig wiederholt und an Kindern verübt wurden, deren Körperzustände vielmehr zu einer sorgsamen Pflege aufforderten." —

„Die so lange Zeit fortgesetzten Mißhandlungen der kleinen Knaben, welche der steten und strengen Aufsicht der Mutter, die unverholen ihre Abneigung gegen ihre Stiefkinder an den Tag gelegt hat, fast allein anheimgegeben waren, und keine Mittel hatten, sich jenen Mißhandlungen, die bei dem unbedeutendsten Anlasse zu fürchten waren, und auch eintraten, auf irgend eine Art zu entziehen, stellen sich als das in §. 229 St.G.B. vorgesehene Vergehen dar."

Die Verurtheilte rekurrirte gegen dieses Erkenntniß, worauf der Staatsanwalt sofort von dem Rechte der Anschließung Gebrauch machte. Er begehrte von dem höchsten Gerichtshofe, daß der erkannten Gefängnißstrafe auch Schärfungen beigesetzt werden sollten. Denn — führte er aus — schon von vornherein sei nicht anzunehmen, daß alle jene unzähligen, grundlosen Züchtigungen im Zustande des Affektes verübt worden seien; Lieblosigkeit, Abneigung und Rohheit seien Gemüthszustände, welche mit dem Affekte nichts oder doch etwas Weiteres nicht gemein haben, als daß in ihnen schneller als sonst eine Aufregung entsteht. In diesen Gemüthszuständen einer unnatürlichen Stiefmutter sei aber die Quelle dieser fortgesetzten Mißhandlungen zu suchen. Es müßte daher §. 231 des St.G.B. zur Anwendung kommen. Jedenfalls aber liege dieser lieblosen Verfahrungsweise der S. eine besondere Bosheit und schändliche Gesinnung zu Grunde, und wenn in einem Falle, so müsse hier der allgemeine Grundsatz des §. 53 des St.G.B. zur Geltung kommen.

Der höchste Gerichtshof faßte jedoch diesen Fall in einer andern Weise auf. Er änderte das hofgerichtliche Urtheil dahin ab, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, die Angeschuldigte aber die Kosten der Untersuchung zu tragen habe. Die

Entscheidungsgründe

zu diesem Erkenntnisse lauten:

„Der §. 229 des St.G.B., welchen das großh. Hof-

gericht auf diesen Fall zur Anwendung gebracht hat, ist dem Theile jenes Gesetzes eingereiht, welcher von Körperverletzungen mit Vorbedacht handelt. In den späteren Paragraphen jenes Gesetzes über die Körperverletzung im Affekte und die fahrlässige Körperverletzung ist auf denselben nicht hingewiesen, und konnte auf ihn nicht mehr hingewiesen werden, weil seine Anwendung voraussetzt, daß mit vorbedachtem Entschlusse und völlig rechtswidrig (§. 225 St.G.B.) mit einer aus der fortgesetzten Handlung sich kundgebenden besonderen Bosheit — also mit Ausschluß eines Affekts — die Peinigungen oder Mißhandlungen verübt worden sind.

Wenn nun auch im vorliegenden Falle erwiesen ist, daß die Rekurrentin ihre beiden noch sehr kleinen Stiefkinder auf eine allzunachdrückliche und rohe Weise gezüchtigt hat, so geben doch die Akten darüber keinen genügenden Aufschluß, ob überall keine Züchtigung von Seiten der Kinder verdient war, ob also die Mißhandlung begonnen wurde, lediglich um die Kinder zu quälen, demnach die Handlungsweise der Rekurrentin jeweils von Anfang an rechtswidrig war, und ebensowenig konnte man aus dem Untersuchungsergebniß die Ueberzeugung gewinnen, daß die Mißhandlung nur aus Bosheit mehr als sachgemäß fortgesetzt wurde. Bei dieser Sachlage, und da nach dem ärztlichen Erfunde auch weder eine Verletzung noch eine Krankheit durch die Züchtigungen herbeigeführt wurde, fehlt es am Beweise des Thatbestandes des im §. 229 des St.G.B. bezeichneten Verbrechens, weßhalb — so sehr auch die Rekurrentin ihr elterliches Züchtigungsrecht mißbraucht hat — doch von Seiten der richterlichen Gewalt kein Grund zur strafenden Einschreitung gegen dieselbe vorliegt. — War hiernach in der Hauptsache — wie geschehen — zu erkennen, so mußte gleichwohl auf den Grund des §. 355 der St.Pr.O. die Rekurrentin in die Kosten der Untersuchung verfällt werden, weil sie durch ihre fortgesetzten und übermäßigen Züchtigungen den Verdacht zu dem ihr angeschuldigten Verbrechen selbst hervorgerufen hat."

Ottendorff.

II.

Die Veräußerung des Erbloofes oder eines Theils desselben zerstört die auf Gefährde oder Gewalt gegründete Umstoßungsklage unbedingt, jene wegen Verkürzung über ein Viertel unbedingt nicht. L.R.S. 892.

Laukhard, Rechtsfälle VIII. 30—44.
Baurittel, Handbuch S. 2038—2041.

Die drei verschiedenen Ansichten über die Auslegung und Anwendung des L.R.S. 892 sind in folgende Sätze gefaßt:

1) Die Klage auf Umstoßung einer Theilung wegen Verkürzung über ein Viertel wird durch eine Veräußerung ausgeschlossen;
2) die Klage fällt weg, wenn der Erbe vor der Veräußerung Wissenschaft von der Verkürzung erlangt hat;
3) die Klage ist auch nach der Veräußerung zuzulassen.

Die durch L.R.S. 887 dem Erben gegen die sein Erbrecht schmälernde Theilung eingeräumten Angriffe sind nur dem Namen nach eine und dieselbe Klage, ihrem Grunde nach sind es zwei verschiedene Klagen, von welchen jede von eigenthümlichen thatsächlichen Momenten bedingt ist.

Die Klage auf Umstoßung einer Theilung wegen Gewalt oder Gefährde ist zulässig ohne Rücksicht auf die Größe der Verkürzung, der Klaggrund ist hier die Gewalt oder die Gefährde, die Verkürzung ist nur die unzertrennliche Folge davon, ohne welche kein Unrecht, somit auch kein Klagrecht vorhanden ist; die Klage auf Umstoßung stützt sich dagegen lediglich auf die Verkürzung über ein Viertel, diese Verletzung mag in ihrem letzten Grunde auf einem Irrthume von Seiten des Erben oder auf einem andern Vorkommnisse in dem Theilungsverfahren beruhen.

Während hiernach das Gesetz den Betrug und Zwang gleich wie bei allen Rechtsgeschäften (L.R.S. 1109 ff.) als Grund der Klage zur Umstoßung der Theilung aufstellt, schweigt es von dem Irrthume und legt sohin auf das Dasein oder Nichtdasein eines Irrthumes kein entscheidendes Gewicht. (Lex non distinguit).

Sowenig die Klage auf Umstoßung wegen Gewalt oder Gefährde mit der Klage wegen Verkürzung über ein Viertel einen gemeinschaftlichen Klaggrund hat, — ebensowenig läßt sich aus der Bestimmung des L.R.S. 892, welche die Erlöschung der Klage auf den Fall der Veräußerung nach entdecktem Betruge oder nach

beseitigtem Zwange fixirt, eine ausdehnende und analoge Anwendung auf den Fall einer Veräußerung bei vorausgegangener Verkürzung über ein Viertel rechtfertigen; darauf deutet schon die gesonderte Stellung der L.R.S. 889. 890 und 891 im Gegensatz zu L.R.S. 892 hin, deren Inhalt auch klar erkennen läßt, daß der Gesetzgeber Alles, was hinsichtlich des Verlusts der Klagen Rechtens ist, gesagt, sohin für jeden modus exstinguendi einen bestimmten Ausspruch gegeben hat und geben wollte. Kann man auch wohl sagen, daß hier verwandte Gegenstände zu prüfen und zu entscheiden sind? — L.R.S. 4 a.

Im Hinblick auf den Zweck der Umstoßungsklage (ratio legis): die Gleichheit der Erben möglichst zu erhalten oder wieder herzustellen: wäre es kaum erklärlich, wie der Gesetzgeber eine Klage auf Umstoßung wegen der geringsten, wenn nur durch Gefährde oder Gewalt bewirkten Verkürzung zuließe und deren Erlöschung mittelst Veräußerung an die Voraussetzung, daß die Gefährde schon zuvor entdeckt oder der Zwang beseitigt ist, knüpft, dagegen die Erlöschung des Klagrechts im Falle einer enormen Verkürzung (über $^1/_4$) schon mit dem Acte der Veräußerung unbedingt eintreten lassen konnte, indessen der Betrug, der Zwang und der Irrthum doch in der allgemeinen Lehre über Verträge in ihren Wirkungen hinsichtlich der Gültigkeit der Verträge auf gleicher Linie stehen. (L.R.S. 1109 ff.)

Die zweite Meinung über den Sinn des L.R.S 892 hat deßhalb auch zu dem Auskunftsmittel die Zuflucht genommen, zu sagen: daß die Veräußerung nur dann das Klagrecht ausschließe, wenn der Erbe schon vorher die ihm zugetroffene Verletzung gekannt hatte; allein diese Meinung ist gerade die unhaltbarste.

Das Gesetz forscht bei Zulassung der Klage wegen Verkürzung nicht nach dem Irrthume des Erben, nicht nach den verschiedenen Ursachen der Verletzung; es unterscheidet nicht zwischen dem thatsächlichen und dem Rechtsirrthume u. dergl.; es versagt unbeschränkt einer Theilung, welche das Gleichgewicht in besagtem Maaße stört, die Gültigkeit resp. die Unanfechtbarkeit.

Der Irrthum auf Seiten des Erben ist wohl in den seltenern Fällen die Ursache der Verletzung; sehr oft liegt die Ursache in einer oberflächlichen und regelwidrigen Schätzung, hie und da auch, wie die Erfahrung lehrt, in einer unrichtigen Erbtheilsberechnung u. s. w.

Einen Beleg gegen jenen Nothbehelf, d. i. das Herbeiziehen des Irrthums, gibt der L.R.S. 1304 an die Hand; denn darnach erlöscht die Klage wegen Verkürzung wie dieses in der französischen Gerichtspraxis längst ausgesprochen ist, unbedingt nach Ablauf von 10 Jahren vom Tage der geschlossenen Theilung, während die Klage auf Umstoßung wegen Gefährde oder Gewalt erst nach Umlauf von 10 Jahren, von der Entdeckung der Gefährde u. s. w. an gerechnet, erlöschen soll. (Rogron ad art. 892).

Weniger Schwierigkeiten hat die erste obiger Meinungen bei ihrer Conclusion zu überwinden, sie sagt einfach:

„wer veräußert, genehmigt stillschweigend die „geschehene Theilung,"

denn die Veräußerung setzt ihn außer Stand, die Theile seines Looses zur Wiederherstellung der ganzen Gemeinschaftsmasse einzuwerfen.

Daß aber der Erbe, der das Loos aus einer Masse veräußert, an welche er noch weit mehr als ihm bereits zugetheilt ist, fordert, damit nicht sagen will: er verzichte auf das Mehr, daß der Erbe, der einen Gegenstand seines Looses veräußert, nicht außer Stande ist, das Loos in dem vom Gesetze überall als Surrogat zugelassenen Geldwerthe wieder einzuwerfen, somit die Schlußfolgerung aus L.R.S. 1108 a b c fehlschlägt, daß der L.R.S. 1338, der nur von der Erfüllung der aus einem Rechtsgeschäfte übernommenen Verbindlichkeiten dem Gegencontrahenten gegenüber spricht, nicht einen Scheingrund für die Anwendbarkeit des L.R.S. 892 auf den mehr bezeichneten Fall abgibt, hat Baurittel a. a. O. mit Umsicht und so umfassend auseinander gesetzt, daß es hier genügt, auf jene Ausführung hingewiesen zu haben.

Schmidt *).

III.

Subrogation.

1) **Tritt ein Pfandgläubiger, welchem sich die Ehefrau des Schuldners sammtverbindlich macht, eben dadurch in das gesetzliche Unterpfandsrecht derselben ein?**

*) Obergerichtsadvocat in Freiburg.

2) Geht von mehreren durch die Sammtverbindlichkeit gedeckten Pfandgläubigern derjenige den andern vor, welchem sich die Ehefrau des Schuldners früher sammtverbindlich gemacht hat?

Becker gegen Glock.

Der am 10. April 1854 in der Gant des Fr. Ulrici zu Leopoldshafen ergangene Ordnungsbescheid hatte mehrere Forderungen des A. Glock und C. Fr. Becker auf den Grund richterlicher Unterpfandsrechte in die dritte Classe gesetzt und zwar vor der in derselben Classe mit einem Beibringen von 4244 fl. locirten Ehefrau des Gemeinschuldners, weil sie den genannten Gläubigern ihres Mannes sammtverbindlich geworden war.

Die Masse reicht zur Befriedigung von Glock und Becker bei weitem nicht hin, da noch ein älterer Pfandgläubiger in dritter Ordnung voransteht, dessen Forderung den größten Theil des Liegenschaftserlöses verschlingt. In Bezug auf den Rest geht das richterliche Unterpfandsrecht des A. Glock, als das ältere, jenem des C. Fr. Becker vor. Daß aber Glock auch in der Befriedigung aus dem eheweiblichen Vermögen dem Becker vorgehen soll, sagt der Ordnungsbescheid nicht.

Innerhalb der Appellationsfrist bat nun Becker um eine Erläuterung dahin: daß seine und die Glock'schen Forderungen nach Verhältniß ihrer Größe gleichmäßig aus dem Antheil der Ehefrau an der Gantmasse zur Befriedigung kommen.

Allein der Gantrichter verwarf dieses Erläuterungsgesuch als unbegründet, weil sich die Ulrici'sche Ehefrau dem Glock früher sammtverbindlich gemacht habe, als dem Becker; obgleich sich aus den Verhandlungen nicht ergibt, wann Frau Ulrici die Sammmtverbindlichkeit für die eine und andere Schuld ihres Mannes übernahm.

Auf Appellation der Rechtsnachfolger des inzwischen verlebten C. F. Becker erkannte jedoch das großh. Hofgericht abändernd dem Erläuterungsbegehren gemäß, indem es die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit von Seiten der cridarischen Ehefrau nicht als einen solchen Vorgang ansah, durch welchen die Gläubiger mit Vorrang nach dem Datum der solidarischen Verpflichtung in die Rechte der Ehefrau eingetreten wären.

Dagegen ergriff Glock die Oberberufung und beantragte die Wiederherstellung des amtlichen Bescheids, womit das gegnerische Erläuterungsgesuch verworfen worden war. Es wurde aber das hofgerichtliche Urtheil in letzter Instanz bestätigt, ohne erst festzustellen, an welchen Tagen und ob vor oder nach Entstehung des richterlichen Unterpfands sich die cridarische Ehefrau diesem und jenem Gläubiger sammtverbindlich gemacht hat, wie es wohl nöthig gewesen wäre, wenn dem einen vor dem andern der Eintritt in die Rechte der sammtverbindlichen Mitschuldnerin hätte zugestanden werden wollen.

Ein formeller Anstand, welcher die Zulässigkeit der Appellation betroffen hatte, interessirt uns hier nicht.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In Betreff der Hauptsache bestimmt das hofgerichtliche Urtheil, daß die Forderungen des A. Glock und C. Fr. Becker in der dritten Ordnung der Ulricischen Gant, soweit für dieselben die Ehefrau des Fr. Ulrici die Sammtverbindlichkeit übernommen hat 2c. nach Verhältniß ihrer Größe aus dem der Ehefrau des Gantmanns zuerkannten Betrage zu befriedigen seien.

Diese Entscheidung ist vollkommen richtig, da sich beide Gläubiger, der gemeinschuldnerischen Ehefrau gegenüber, in gleicher Lage befinden, indem ihr der eine wie der andere vorgeht, ohne in deren Rechte irgendwie eingetreten zu sein.

Ein solcher Eintritt kommt nemlich nach L.R.S. 1249 immer nur einem dritten Zähler zu gut, wenn ein Vertrag oder Gesetz ihn begründet.

Der Oberappellant behauptet aber überall nicht eine Zahlung an die cridarische Ehefrau geleistet und hiebei den Eintritt in deren Rechte vertragsmäßig erworben zu haben.

Eben so wenig liegt einer der gesetzlich bestimmten Fälle des L.R.S. 1251 hier vor, wie ein Blick in denselben außer allem Zweifel setzt.

Der Oberappellant beruft sich daher auf den L.R.S. 1446 jedoch schon deßhalb ohne Grund, weil er kein Gläubiger ist, welcher an die Frau allein zu fordern hat. Beide Gläubiger haben dem Manne geborgt und nicht der Frau, welche erst später die Sammtverbindlichkeit für die ehemännlichen Schulden übernahm.

Zur Begründung des Begehrens, vor den Becker'schen Relicten aus dem eheweiblichen Vermögen befriedigt zu werden, konnte der Oberappellant Glock weiter nichts als die Sammtverbindlichkeit der Ulricischen Ehefrau anführen, wodurch ihm jedoch nur der Vorgang

vor ihrem gesetzlichen Unterpfandsrechte (L.R.S. 2121 und 2135) eingeräumt wurde, wie er seiner Forderung im Ganturtheile wirklich zuerkannt ist. L.R.S. 2180 a.

Nirgends aber legt das Gesetz der Sammtverbindlichkeit die Wirkung bei, daß derjenige Pfandgläubiger, zu dessen Gunsten dieselbe von der Ehefrau des Schuldners eingegangen wurde, in ihre Rechte eintrete.

Hätte sich nun auch die Letztere dem A. Glock früher sammtverbindlich gemacht, als dem C. Fr. Becker, so würde daraus für Erstern noch keinerlei Vorrecht erwachsen sein.

Da hiernach u. s. w.

Bemerkung.

Um sich über die vorliegende Streitfrage genauer zu orientiren, vergleiche man unter anderen:

Zachariä, (5. Aufl.) II. Bd. §. 264. S. 106 und §. 288. S. 182.

Lauckhard, Rechtsfälle I. 277. 287. V. 85.

Annalen, IV. 231 ff. und IX. Beiblatt No. 4. S. 13.

Stempf, Gant 2c. §. 42. S. 265.

Jahrbücher, n. F. XIII. 262.

Durch unsern — dem Code civil — fremden Zusatz 2180 a ist ein Theil der in Frankreich über die Subrogation herrschenden Controversen abgeschnitten.

D. R.

IV.

Zur Auslegung des §. 233 des St.G.B.

Friedrich Roser von Singen, ein Bursche von großer Gutmüthigkeit und Dienstwilligkeit, aber geringen geistigen Fähigkeiten war vielfach Gegenstand von Spöttereien seiner Bekannten, und dadurch mißtrauisch und reizbar geworden.

Eines Abends ging er mit einem Mädchen, mit welchem er früher Bekanntschaft, die aber gegen seinen Willen sich wieder zerschlug, gehabt hatte, eine Strecke auf der Straße seines Heimathsortes. Das Mädchen trennte sich von ihm, und gleich darauf kam er an einigen Burschen vorüber. Dieselben lachten, und einer von ihnen, Franz Göbler, sagte: „Ist das nicht der Lederer?“ Dieß ist ein Spitznamen des Roser; welcher glaubte, daß seine frühere Geliebte den ihm zugefügten Spott gehört habe, wodurch er sich für beleidigt hielt. Er ging jedoch weiter, ohne Etwas zu erwiedern. Etwa nach einer halben Stunde traf Roser in einer andern Dorfstraße auf dieselben Bursche, welche wiederum schwazend und lachend bei einander standen. Roser in der Meinung, die Bursche redeten und lachten wieder über ihn, trat zu denselben hin, und noch gereizt durch die vorangegangene Spötterei ging er auf Franz Göbler mit den Worten los: „Da kommt jetzt der Lederer, was willst du mit ihm?“ Beide stießen sich herum, und als nun Göbler dem Roser mit einem dünnen spanischen Röhrchen einen Schlag über die Schulter gab, schlug Roser mit seinem geöffneten Taschenmesser mit großer Gewalt nach Göbler und versetzte ihm dadurch eine bedeutende Wunde in die Brust. —

Bei der Beurtheilung dieses Straffalles glaubte der mittelrheinische Gerichtshof hier den §. 233 des St.G.B. zu Gunsten Rosers zur Anwendung bringen zu müssen. Er ging davon aus, daß Roser von geringen Fähigkeiten und großer Gutmüthigkeit, aber durch die längere Zeit fortdauernden Neckereien mißtrauisch und reizbar geworden sei, so daß die Spötterei durch die Benennung mit seinem Spitznamen in der vermeintlichen Anwesenheit seiner frühern Geliebten und durch das wiederholte, vom Angeschuldigten auf sich bezogene Lachen, und zuletzt noch der Schlag Göhlers mit dem Röhrchen, ihm bei seiner Gemüthsart als eine herbe Kränkung erscheinen mußten, die ein Herabgehen unter das niederste Maaß der gesetzlichen Strafe rechtfertigt.

Ich halte diese Auslegung des §. 233 St.G.B. nicht für richtig. Der §. 233 gestattet das Herabgehen unter das in §. 232 gedrohte Strafmaß, „wenn der Verletzte den Affekt durch schwere Beleidigungen, oder Kränkungen, oder thätliche Mißhandlungen, zu welchen der Thäter keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen“ hat. Zu dieser Strafmilderung verlangt daher meines Erachtens das Gesetz nicht allein, daß der einer Körperverletzung Schuldige sich für schwer gereizt hielt, sondern auch, daß er es wirklich zu sein Ursache hatte, und daß dieser Affekt durch den Verletzten ausgegangen war.

Das erste Moment — scheint mir — kann nur in der Richtung bei der Strafausmessung in Betracht kommen, daß durch den größeren oder geringeren Grad des

Affektes die Klarheit des Erkennungsvermögens mehr oder minder getrübt, und der Thäter dadurch mehr oder minder gehindert wird, den Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Strafwürdigkeit seiner Handlung einzusehen. Steigt der Affekt zu einem Grade, daß der Thäter in einen Zustand versetzt wird, in welchem das Bewußtsein der Strafbarkeit seiner Handlung, oder seine Willkühr zwar nicht gänzlich geraubt, und dadurch alle Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen, der Thäter aber doch in einen dieser Unzurechnungsfähigkeit nahe kommenden Zustand versetzt wird, so liegt ein Fall des §. 153, Z. 2 des St.G.B. vor, aber nicht der Fall des §. 233. Erreicht aber der Affekt eine solche Stufe nicht, alsdann ist der größere oder geringere Grad desselben nur ein Moment für die Strafausmessung nach §. 150. 152 Ziff. 1 St.G.B. Es müßten daher, soll ein Fall des §. 233 vorhanden sein, zu der subjektiven Auffassung des Thäters, daß er gereizt sei, noch die weiteren objektiven Momente hinzukommen:

a) daß wenigstens eine schwere Beleidigung (Kränkung, thätliche Mißhandlung sind Steigerungen der Ursachen des Affekts im Vergleiche mit schwerer Beleidigung: siehe Vogel's Commissionsbericht an die erste Kammer zu §. 210 St.G.B.) ihm zugefügt worden sei. Diese Beleidigung muß objektiv aufgefaßt werden. Sie muß einen solchen Grad erreichen, daß gemeinhin jeder durch die That des Verletzten sich für gereizt ansehen würde, und diese That muß

b) in der Verschuldung des Verletzten, und nicht blos in der Anschauungsweise des Thäters begründet sein.

Man vergleiche die Ausdrucksweise des Gesetzes in §. 210 des St.G.B., wo die Strafe des des Todschlags Schuldigen bis auf zwei Jahre Arbeitshaus herabsinken kann, wenn „der Getödtete den Affekt durch schwere Beleidigungen, Kränkungen oder thätliche Mißhandlungen, zu welchen der Thäter keine hinreichende Veranlassung gab, selbst hervorgerufen hat," und der gleichen Bestimmung in denselben Worten ausgedrückt, begegnen wir bei der fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung in §. 214 St.G.B. In §. 617 endlich ist es als ein Strafmilderungsgrund für den der Widersetzlichkeit Angeschuldigten aufgestellt, wenn „die öffentliche Behörde oder die Person, welcher die Vollziehung oblag, durch ein ungesetzliches oder ordnungswidriges Verfahren selbst zum Widerstand Veranlassung gegeben hat."

Vergleicht man diese zusammengehörigen Stellen des Gesetzbuches in den §§. 210. 214. 233, und nimmt dazu noch §. 617, so wird aus den Worten „zu welchen der Thäter keine hinreichende Veranlassung gab," „selbst hervorgerufen hat," „durch ein ungesetzliches oder ordnungswidriges Verfahren selbst Veranlassung gegeben hat," gewiß erhellen, daß nicht die subjektive Auffassung des Thäters über die ihm zur That gewordene Veranlassung es sein kann, welche ihm als Strafmilderungsgrund zum Vorschub gereicht; daß vielmehr die That seines Gegners als Veranlassung der strafbaren Handlung objektiv betrachtet, als ein Unrecht, als ein Verstoß gegen das Strafgesetz, oder als ein schwerer Verstoß gegen das Gesetz der Sitte oder der Moral erscheinen muß, daß also sein Gegner, der Verletzte, seinen Schaden, das ihm zugefügte Unrecht durch ein eigenes Unrecht selbst hervorgerufen haben muß, wenn der Strafmilderungsgrund des §. 233 St.G.B. vorhanden sein soll. Dieß trifft mit den letzten Gründen der Strafausmessung auch sicherlich zusammen. Es ist nicht allein der innere gesetzwidrige Wille, dessen Größe und Stärke den Maßstab für die Strafgröße abgibt, sondern die Strafe soll zu gleicher Zeit für den Verletzten eine Sühne, eine Genugthuung sein. Hat er das ihm zugefügte Unrecht selbst hervorgerufen, so hat er dieses Recht auf Genugthuung ganz oder theilweise verwirkt. Eine Ehrenkränkung hört darum nicht auf, beschimpfend zu sein, sie verliert an und für sich betrachtet, nicht den Charakter einer Herabsetzung des Gekränkten in der Achtung seiner Mitbürger, dadurch, daß ihr von Seiten des Gekränkten eine Ehrenkränkung von gleichem Maaße vorausgegangen, oder nachgefolgt ist, und gleichwohl bestimmt in §. 312 das St.G.B., daß eine solche Ehrenkränkung straflos ist, beziehungsweise das Recht der Anklage wegen einer solchen Ehrenkränkung dem Gekränkten dadurch entzogen wird. Diese Bestimmung beruht auf demselben gesetzlichen Grunde, wie die der §§. 210. 214. 233. 617 St.G.B.

Geht man von dem hier entwickelten Gesichtspunkte bei der Betrachtung des obigen Straffalles aus, so wird man wohl zu dem Schlusse gelangen, daß hier kein Grund zu einer Strafminderung nach §. 233 St.G.B. vorhanden war, denn es ist wohl gewiß,

a) daß Roser von Göhler nicht schwer beleidigt, vielweniger gekränkt war, und
b) daß man nicht sagen kann, daß Göhler die unrechte That des Angeschuldigten selbst hervorgerufen habe, wenn er auch dazu die letzte Veranlassung gegeben hatte.

Ottendorff.

V.

1) Die dem Verwalter eines Stiftungsfonds gemachte Kapitalzahlung befreit den Schuldner nur dann, wenn höhere Ermächtigung dazu ertheilt war, oder die Zahlung zum Nutzen des Fonds verwendet wurde.

2) Diese Voraussetzungen hat der zahlende Schuldner zu beweisen.

Maria-Victoria-Stiftung gegen Huber.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Inhalt der Klage, wornach der Beklagte von den Michael Winkler'schen Eheleuten in Nußbach mehrere dem klägerischen Fond für ein verzinsliches Darlehen von 800 fl. verpfändete Liegenschaften käuflich erworben hatte, ist zugestanden und somit die nach L.R.S. 2166 in Rechten begründete Pfandklage erwiesen.

Einredend hat der Beklagte dagegen vorgetragen, daß er dem frühern Stiftungsverwalter Strobel am 6. Juni 1847 und zwar am Capitale 100 fl. abgetragen habe und sind beide Theile darüber einig, daß wenn diese, an und für sich durch anerkannte Quittung nachgewiesene Zahlung am Capitale eine gültige wäre, was der klagende Fond widerspricht, an der jetzt geforderten Summe 100 fl. Capital und 35 fl. Zinsen abgehen würden.

Mit Recht hat nun aber der Unterrichter die fragliche Zahlung nicht als eine gültige betrachtet.

Um sich durch Zahlung von der Verbindlichkeit zu befreien, muß erstere an den Gläubiger geschehen, oder an einen Gewalthaber desselben, oder an den, der vom Gesetz oder Gerichte zum Empfang ermächtigt ist. L.R.S. 1239. Blose Verrechner des Fonds repräsentiren diesen aber nicht, sind auch nur hinsichtlich zu vereinnahmender Zinsen Gewalthaber, während ihnen der Einzug von Capitalien untersagt, und die Beifügung der s. g. Mortificationsclausel bei den über dergleichen Darleihen aufzunehmenden Urkunden schon längst nicht nur allgemein vorgeschrieben (Verordnung vom 17. Januar 1811, Regierungsblatt No. 3), sondern auch bei dem den Winkler'schen Eheleuten gemachten Darlehen wirklich beigefügt worden ist.

Allerdings ist Beklagter nicht Rechtsnachfolger der Winkler'schen Eheleute, sondern lediglich dritter Besitzer der Liegenschaften; allein dieser Umstand so wenig als der, daß die Mortificationsclausel nicht mit zum Pfandbuche eingetragen ist, vermag die Sache zu ändern, da ihm, wenn er, wie hier Zahlung behauptet, der Beweis der letzteren nach allen Richtungen hin obliegt. Pr.O. §. 362. L.R.S. 1239.

Durch das amtliche Urtheil ist daher der Beklagte nach damaliger Lage der Sache nicht beschwert.

In zweiter Instanz wurde nun vom Beklagten als Neuheit behauptet und dem Kläger der Eid darüber zugeschoben, daß die fraglichen 100 fl. zu den Geldern des Fonds gebracht oder überhaupt in dessen Nutzen verwendet worden seien.

Diese Einrede ist nach dem Schlußsatze des L.R.S. 1239 zulässig und erheblich und war daher auch auf den deßfallsigen Eid des Klägers, welcher die Einrede widersprochen hat, zu erkennen. Pr.O. §. 523. P.

VI.

Des Müllers Forderung an Lohn für das Mahlen von Früchten und an Kaufpreis für zum Hausgebrauche abgegebenes Mehl unterliegt der kurzen Verjährung.

So wurde vom großh. Hofgerichte des Mittelrheinkreises durch Urtheil vom 31. Aug. l. Jahrs I. Sachen Ziegler gegen Simon entschieden.

In Erwägung, daß die Forderungen der Gewerbsleute für Arbeitslohn, und für zum Hausgebrauch verkaufte Waaren in sechs, beziehungsweise zwölf Monaten verjähren, indem das Gesetz unter „Arbeitslohn und Arbeiten" auch die Handwerker mit ihren Lohnforderungen, und unter „Kaufleute und Waarenforderung" auch, gemäß des in Frankreich üblichen Sprachgebrauchs die auf Buch und Rechnung verkehrenden „Gewerbsleute" in sich begreift; Brauers Erläuterungen ad art. 2272; Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts 5. Aufl. 4r Bd. §. 774 b S. 513 No. 35; Troplong, prescription No. 952. P.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 40. Mannheim, 29. September 1855.

I.

Vorzugsrecht der Erbgelder.

1) Das Vorzugsrecht des Käufschillings und des Gleichstellungsgeldes wird durch den blosen Eintrag zum Grundbuch gewahrt.

2) Die 60 Tage, innerhalb welcher das Vorzugsrecht der Erbgelder durch Eintrag zu wahren ist, beginnen erst mit Ausfolgung der Theilzettel an die Erbinteressenten.

3) Erfolgt der Eintrag nicht innerhalb dieser Frist, so gehen die in der Zwischenzeit bis zu dessen Nachholung von dritten Personen erlangten und gewahrten Vorzugs- und Pfandrechte den Erbgeldern vor.

4) Der auf Betreiben des einen Betheiligten vollzogene Eintrag nützt auch den andern, namentlich dann, wenn sich das in Frage stehende Geschäft wenigstens zum Theil als ein Kauf darstellt.

(L.R.S. 2095. 2103. No. 3. 2108. 2109. 2113. 2121 und 2135.)

Am 25. Juni 1846 übergab der Wittwer Andreas Obergfäll zu Langenschiltach das mit seiner verstorbenen Ehefrau Anna Maria geb. Kieninger besessene Hofgut nebst Zugehörden dem Sohne Michael Obergfäll um den Anschlag von 8674 fl. zu Eigenthum, wobei unter anderem folgendes bedungen ward:

„Der Uebergabsschilling ist vom 25. Juli d. J. an zu verzinsen und nach Maaßgabe der nachfolgenden Verweisung zu bezahlen. Die daran verwiesenen Gleichstellungsgelder sind mit Vier vom Hundert zu verzinsen und auf dreimonatliche, jedem Theil freistehende, Aufkündigung abzuzahlen. Bis zur gänzlichen Abtragung ihres Antheils am Uebergabsschilling behalten sich Vater und Geschwister das erste Pfand- und Vorzugsrecht auf dem Hofgut vor."

Hierauf folgen die übrigen Bedingungen, welche nicht weiter in Betracht kommen.

Die 6 Geschwister des Uebernehmers erklärten, daß sie unter obigen Bedingungen ihren Antheil am Hofgute (die mütterliche Hälfte) dem Bruder Michael Obergfäll eigenthümlich überlassen, den Gutsanschlag mit 8674 fl. auch in Ansehung des väterlichen Antheils genehmigen, somit auch in die väterliche Uebergabe an diesen ihren Bruder einwilligen und nur ihren Antheil nach dem Anschlag des Guts in Geld verlangen.

Sodann übergab Andreas Obergfäll von seinem Antheil am Gutskaufschilling einem jeden seiner 6 ehelichen Kinder, wie auch seinem Adoptivsohn Christian Obergfäll, die Summe von 344 fl. 51 kr. nebst Zinsen vom 25. Juli an zu Eigenthum, welches von den Kindern dankbar angenommen worden ist.

Michael Obergfäll verehelichte sich am 3. Novbr. 1846 mit Katharina Jäckle, welche ihm ein über 6000 fl. ansteigendes Vermögen zugebracht hat.

Nach Verlauf von mehreren Jahren, während welcher Michael Obergfäll in schlimme Verhältnisse gerieth, wurde dessen liegenschaftliches Besitzthum auf Betreiben eines gewissen Christoph Weiser im Zwangswege versteigert und der Erlös von 5000 fl. durch den Vollstreckungsbeamten dem Andreas Obergfäll für sich und seine Kinder zur Deckung der aus dem Uebergabegeschäft vom 25. Juni 1846 resultirenden Ansprüche zugewiesen,

wogegen die Ehefrau des Michael Obergfäll, welche schon früher Vermögensabsonderung erwirkt hatte, gerichtliche Einsprache erhob und für ihre Beibringensforderung von 6227 fl. 35 kr. den Steigschilling auf den Grund des gesetzlichen Unterpfandsrechts der L.R.S. 2121 und 2135 vorweg in Anspruch nahm.

Der Unterrichter hielt jedoch die Verweisung des Vollstreckungsbeamten für richtig und verwarf die Einsprache, wogegen das großh. Hofgericht, auf Appellation der Einsprachsklägerin, einer Forderung des Andreas Obergfäll von 1013 fl. 20 kr. nach Maaßgabe der L.R.S. 2095. 2103 und 2108 zwar den Vorrang vor dem Beibringen seiner Sohnsfrau, zugleich aber dieser auch den Vorzug vor den dem Streite als Nebenintervenienten des Einsprachsbeklagten beigetretenen Geschwistern ihres Mannes zuerkannte, weil Letztere unterlassen hätten, das Vorzugsrecht der Gleichstellungsgelder vorschriftsmäßig für sich zu bewahren.

Der belobte Gerichtshof ging nämlich von der Unterstellung aus, daß die am 9. Septbr. 1846 polizeilich genehmigte Erbtheilung und Vermögensübergabe vom 25. Juni jenes Jahrs nicht innerhalb 60 Tagen, sondern erst am 12. Dezember 1846 ins Grundbuch eingetragen und also auch höchstens von diesem Tage an nach L.R.S. 2113 ein wirksames Unterpfandsrecht entstanden sei, während nach dem bestimmten Sinn und Wortlaut des L.R.S. 2109 nur der Zeitpunkt in Betracht kommen könne, an welchem die Theilung vorgenommen oder ein zur Erbschaftsmasse gehöriges Grundstück versteigert wurde. Wäre selbst, was jedoch nicht einmal behauptet werde, die Ausfertigung der Theilzettel, ungeachtet der fortgesetzten Erinnerung und Betreibung der Interessenten erst nach Ablauf jener 60 Tage geschehen, so könnte dies um so weniger die Folge haben, daß nun gleichwohl das Vorzugsrecht gegen jeden Dritten für gewahrt gelten müßte, als die Vorlage eines vollständig ausgefertigten Theilzettels zur Erwirkung des nach L.R.S. 2109 erforderlichen Eintrags nicht unbedingt nothwendig sei.

Die Prüfung der Frage: ob der Eintrag vom 12. Dez. 1846 geeignet war, ein Unterpfandsrecht der Miterben im Sinne des L.R.S. 2113 zu begründen, wurde als überflüssig umgangen, weil das mit dem 3. Novbr. 1846 beginnende Unterpfandsrecht der Michael Obergfäll'schen Ehefrau für ihr Beibringen den Ansprüchen der Intervenienten jedenfalls vorgehe und diese übersteige.

In Folge der gegen das theils bestätigende, theils abändernde Urtheil des großh. Hofgerichts eingewandten Oberberufung erging am 6. November 1854 ein Zwischenurtheil, wodurch den Intervenienten der Beweis nachgelassen wurde:

> „daß das Vorzugsrecht für die Erbgleichstellungsforderung aus der Theilung vom Juni 1846 an ihren Miterben Michael Obergfäll auf das von Letzterem an Theilungsstatt erkaufte Hofgut innerhalb 60 Tagen von Vollendung der Theilung, beziehungsweise von Ausfolgung der Theilzettel auf Betreiben der Intervenienten, beziehungsweise durch ihren Vater Andreas Obergfäll zum Grund- oder Pfandbuch eingetragen worden ist."

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerde der Intervenienten und Oberappellanten gegen das hofgerichtliche Urtheil besteht darin, daß sie der Oberappellatin bezüglich deren Ersatzforderung von 6227 fl. 35 kr. bei Verweisung des Erlöses aus dem Hofgute des Michael Obergfäll nachgesetzt worden sind.

Der Anspruch der Intervenienten gründet sich auf die Theilung, beziehungsweise Vermögensübergabe vom Juni 1846, in deren Folge der Gutsübernehmer Michael Obergfäll angewiesen wurde, den Intervenienten verschiedene Beträge als Theile ihres elterlichen Vermögens auszuzahlen und mit 4 pCt. vom 25. Juli 1846 zu verzinsen.

Dieser Anspruch gegenüber dem Miterben Michael Obergfäll ist lediglich als ein Erbgleichstellungsgeld in so fern zu betrachten, als mit der Bestimmung desselben die mütterliche, beziehungsweise väterliche Theilung vollzogen, das Hofgut unter den Miterben an Theilungsstatt verkauft wurde. L.R.S. 2109. Zachariä fr. Civilrecht §. 276 Note 7.

In dieser Eigenschaft genießt die Forderung der Intervenienten ein Vorzugsrecht auf die in der Theilung enthaltenen Liegenschaften, beziehungsweise auf das von Michael Obergfäll übernommene Hofgut, in so fern dasselbe in 60 Tagen, von dem Tage der vollendeten Theilung an, auf Betreiben der Betheiligten in das Grund- oder Pfandbuch eingetragen worden ist, während ein späterer Eintrag nur ein Unterpfandsrecht vom Tage des Letzteren bewirken könnte. L.R.S. 2109. 2113.

In der That haben die Intervenienten behauptet, daß der Vater und ursprüngliche Einsprachsbeklagte Andreas Obergfäll für sich und die Intervenienten den

Eintrag nachgesucht und rechtzeitig erwirkt habe, in so fern die fragliche Theilung erst am 30. Oktober 1846 durch Ausfolgung der Theilzettel vollendet worden sei, während die Oberappellatin obige Behauptung dahin widerspricht, daß lediglich der Miterbe Michael Obergfäll seine Erwerbsurkunde zum Grundbuch am 12. Dezember 1846 habe eintragen lassen.

Wenn es nun andererseits unbestritten ist, sowohl, daß die Forderung der Oberappellatin ad 6227 fl. 35 kr. an ihren Ehemann Michael Obergfäll feststeht, als daß dieselbe in der Eigenschaft des ehelichen Einbringens gesetzliches Unterpfand vom Tage der Ehe (3. Novbr. 1846) genießt,

L.R.S. 2121 und 2135,

so ist die Frage von entscheidender Erheblichkeit, ob das Vorzugsrecht der Oberappellanten auf Betreiben der letzteren rechtzeitig gewahrt worden ist, weil dasselbe nur unter dieser Voraussetzung dem gesetzlichen Unterpfandsrechte der Oberappellatin vorgesetzt werden kann. L.R.S. 2095.

Dabei genügt jedoch, daß das Vorzugsrecht der Oberappellanten durch ihren Vater in dem gemeinschaftlichen Interesse beider eingetragen wurde, und eben so, daß die Frist vom Tage der Ausfolgung der Theilzettel eingehalten wurde, weil erst von dieser Zeit an die Theilung als vollendet anzusehen und die Möglichkeit des Eintrags durch die Betheiligten gegeben worden ist rc.

Obiger Beweis wurde angetreten durch Berufung auf die Akten des großh. Amtsrevisorats Hornberg über das in Rede stehende Geschäft, sodann durch Vorlage eines beglaubigten Auszugs aus dem Grund- und Contractenbuche der Gemeinde Langenschiltach, nach welchem der Akt vom 25. Juni 1846 am 12. Dezember 1846 dort eingetragen ward, und durch Production eines Zeugnisses des Gemeinderaths, welches besagt, daß auf Betreiben des Andreas Obergfäll das großh. Amtsrevisorat die Theilung erledigt und die Theilungsurkunde durch den Amtsboten dem Gemeinderath mit der schriftlichen Weisung übersendet worden sei, dieselbe in das Grundbuch einzutragen. Eventuell war gebeten, die oben erwähnte Weisung zu erheben und die Mitglieder des Gemeinderaths über den Vorgang als Zeugen abzuhören.

Der oberappellantische Theil bezweifelte zwar die Aechtheit der vorgelegten Urkunden nicht, erklärte aber die ganze Beweisantretung mit Bezug auf L.R.S. 2109 u. §. 26 Abs. 5 des II. Einf.Ed. theils für unerheblich, theils für unzulässig und bat, dieselbe zu verwerfen.

Ohne weitere Erhebungen eintreten zu lassen, erkannte der oberste Gerichtshof auf mündliche Schlußverhandlung abändernd zu Recht: daß das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und das amtliche wieder herzustellen sei.

Gründe:

Aus dem von den Oberappellanten vorgelegten Grundbuchsauszuge vom 12. Dezember 1846, welcher mit der Beglaubigung der competenten Stelle versehen ist, ergibt sich zwar nicht mit Bestimmtheit, auf wessen Betrieb der fragliche Theilungs- und Uebergabs-Vertrag vom 25. Juni 1846 zum Grundbuch eingetragen worden ist, insbesondere ob dieser Eintrag von dem Gutsübernehmer Michael Obergfäll oder von dem Gutsübergeber Andreas Obergfäll und dessen übrigen Kindern — den Oberappellanten — veranlaßt worden ist.

Indessen läßt sich auf den Grund des vorgelegten Auszugs in Verbindung mit dem gleichfalls beigebrachten Zeugniß des Gemeinderaths, sodann der vorliegenden Amtsrevisoratsacten und mit Rücksicht auf die Geschäftsordnung dieser Behörde unterstellen, daß der fragliche Eintrag wenigstens nicht ausschließlich auf Betreiben des Michael Obergfäll und in dessen Interesse, sondern in demjenigen sämmtlicher Betheiligten, also auch zur Wahrung der Rechte der Oberappellanten bewirkt worden ist, wie sich auch daraus ergibt, daß nach Maaßgabe des Eintrags Andreas Obergfäll und die Geschwister des Michael Obergfäll sich bis zu ihrer Befriedigung das Pfand- und Vorzugsrecht auf dem Hofgute des Letzteren vorbehalten.

Dazu kommt, daß der Act vom 25. Juni 1846 sich theilweise als ein reiner Kauf darstellt, in so fern nämlich Andreas Obergfäll seinen Antheil an dem mit der verstorbenen Ehefrau gemeinschaftlich besessenen Hofgute — gegenüber dem Michael Obergfäll — um einen Anschlag veräußert, und Theile dieses Kaufschillings seinen Kindern abgetreten hat.

In so weit würde der Eintrag des Gutsübernehmers selbst auch dem Uebergeber und dessen Repräsentanten — den Oberappellanten — nützen (L.R.S. 2108) und es kann bei der gemischten Natur des Vertrags die Wirkung des Eintrags nicht wohl getheilt werden.

Endlich ergibt sich aus den vorliegenden Amtsrevisoratsacten, daß die Theilzettel über das befragte Geschäft

erst am 30. October 1846 ausgefertigt, den Betheiligten daher nicht früher behändigt worden sind, während der Eintrag zum Grundbuch am 12. Dezember 1846, also innerhalb 60 Tagen von dem ersten Datum bewirkt worden ist.

Aus d. Gr. ꝛc. D. R.

II.

1) Zuläßigkeit der Appellation in dem Falle, wenn behufs der Abschätzung des Erträgnisses eines Erblehengutes ein Schiedsrichter ernannt, von diesem der Schiedsspruch nach Ablauf von drei Monaten ertheilt, und auf diese Grundlage von dem Richter das Urtheil über die Größe des Ablösungskapitales gegeben worden ist.

Pr.O. §. 208. 213ᵃ. 1125.

2) Auslegung eines Erblehenbriefes über die Nachfolge in das Erblehen, und Bestimmung der Größe des Ablösungkapitals für das Heimfallsrecht.

Gesetz vom 21. April 1849, die Ablösung der Erb- und Schupflehen betreffend. (Reg.-Bl. No. XXV.) §. 8.
A. 1 — 3.

Georg Zerrer von Wintersbach verlangte von dem Freiherrn August von Neuenstein die Zulassung der Ablösung eines Erblehens, welches der Rechtsvorfahrer des Zerrer am 2. Januar 1800 von dem Rechtsvorfahrer des von Neuenstein erhalten hatte, auf gerichtlichem Wege.

Beide Theile kamen im Laufe des gerichtlichen Verfahrens überein, daß über die Größe des Erträgnisses des Erblehengutes von einem Schiedsrichter erkannt werden sollte.*) Es wurde ein solcher ernannt, welcher auch das Schiedsamt annahm. In dem Schiedsvertrage war darüber keine Bestimmung getroffen worden, ob Appellation gegen den Schiedsspruch zuläßig sein solle, und ebensowenig war im Schiedsvertrage eine Frist zur Ertheilung des Schiedsspruchs festgesetzt worden. Der Schiedsspruch wurde auch, und zwar in Form einer Ablösungsberechnung, ertheilt, jedoch erst nach Ablauf von drei Monaten. Einige Wochen darauf gab der Unterrichter sein Urtheil, und legte der Bestimmung des Ablösungskapitals die Berechnung des Schiedsrichters zu Grunde. Hiegegen appellirte der Kläger, indem er verschiedene Neuheiten vortrug, welche in Beziehung auf die Nebanlagen des Erblehengutes die Grundlage der Berechnung verändern und ein geringeres Erträgniß als das urtheilsmäßige ergeben mußten. Der Beklagte bestritt die Zuläßigkeit der Berufung und der Neuheiten auf den Grund des §. 208 der Pr.O, weil im Schiedsvertrage sich die Parteien die Berufung gegen den Schiedsspruch nicht vorbehalten hatten.

Der Oberrichter (das mittelrheinische Hofgericht) nahm jedoch Beides an. Man verkannte zwar hiebei nicht, daß der Unterrichter, nachdem einmal die Parteien das gerichtliche Verfahren durch Abschluß ihres Schiedsvertrags beendet hatten, zur Fortsetzung der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites eigentlich nicht mehr zuständig war. Allein die Rechtsbeständigkeit des richterlichen Urtheils als solchen war nicht von einer der Parteien angegriffen, sondern nur dessen Inhalt. Zur Zeit des Urtheils war aber der Schiedsvertrag erloschen, weil seit der Uebereinkunft der Parteien über die Ernennung des Schiedsrichters, ja selbst seit einer Erklärung desselben, welche als eine stillschweigende Annahme des Schiedsamtes angesehen werden mußte, bis zur Ueberlieferung seiner Ablösungsberechnung an das Amt mehr als drei Monate verflossen, und von den Parteien die Frist nicht verlängert worden war. Pr.O §. 213. 3. Hiernach mußte das Erkenntniß des Richters, wenn es auch die Ablösungsberechnung des Schiedsrichters zur Grundlage nahm, als eine freie, von ihm allein ausgegangene Entscheidung, somit als ein gewöhnliches richterliches Urtheil angesehen werden, gegen welches die gesetzlichen Rechtsmittel, und daher auch nach §. 1172 Pr.O. Neuheiten zuläßig sind.

Eine weitere Beschwerde des Appellanten war gegen die Berechnung des Heimfallrechtes aufgestellt worden. Der Unterrichter hatte nämlich dieses zu 6 pCt. berechnet,

---

*) Sie schlossen eine Uebereinkunft ab, in welcher sie den Domänenverwalter Fritz „zum Sachverständigen und Schiedsrichter zur Berechnung des Ablösungskapitals in Gemäßheit des Lehenbriefs und des Ablösungsgesetzes vom 21. April 1849" ernannten. Diese Worte enthalten offenbar Alles, was zum Wesen eines Schiedsvertrages gehört.

D. E.

nach dem Gesetze vom 21. April 1849 §. 8 Art. 1, weil er der Ansicht war, daß das fragliche Lehen nur als auf die männlichen Leibeserben übergehend, zu betrachten, beziehungsweise ein dieser Bestimmung gleichzuachtender Fall vorhanden sei.

Die betreffende Bestimmung über die Nachfolge das Erblehen lautet nämlich im Erblehenbriefe folgender Maßen:

„daß das Erblehen verliehen werde, dem Georg Zerrer und all' seinen rechtmäßigen Leibeserben, die nämlich von diesem Stamme den Namen Zerrer führen."

Diese Bestimmung legte das mittelrheinische Hofgericht dahin aus, daß der Fall der Ziffer 2 A §. 8 des allegirten Gesetzes vorhanden, und somit das Ablösungskapital nur mit 3 vom Hundert zu berechnen sei. Ueber diesen Theil des Urtheils besagen die hofgerichtlichen

Entscheidungsgründe:

„Durch diese Beschränkung auf „Leibeserben" des ersten Lehenträgers sind dessen Seitenverwandte ausgeschlossen; somit fehlt die Voraussetzung, unter welcher nach A Ziff. 3 im §. 8 des Gesetzes vom 21. April 1849 das Heimfallsrecht nur zu 1 pCt. zu berechnen ist. Durch die weitere Bestimmung, daß das Lehen auf alle Leibeserben, „die von diesem Stamme den Namen Zerrer führen" übergehe, ist aber auch der Fall von Ziff. 1 a. a. O. — die Annahme von 6 pCt. — unanwendbar, weil hiernach nicht, wie das Gesetz verlangt, „das Lehen nur auf die männlichen, oder nur auf die weiblichen Leibeserben übergeht," sondern auf die männlichen Abkömmlinge und die weiblichen, obgleich auf die letzteren nur in so fern sie zur Zeit des Erbanfalls nicht bereits durch Verheirathung aus der Familie Zerrer in eine zur Erbfolge nicht berechtigte Familie getreten sind. Diese Beschränkung der Erbfolge der weiblichen Leibeserben macht darum die Anwendung der Ziff. 1 des Gesetzes a. a. O. um nichts zulässiger, da, wie schon angeführt worden, hier vorausgesetzt wird, daß entweder mit Ausschluß der weiblichen Leibeserben nur männliche, oder mit Ausschluß der männlichen Leibeserben nur weibliche zur Erbfolge gelangen, daher, wenn nach der festgesetzten Erbfolge auch nur in einem einzigen Falle neben den männlichen Leibeserben auch weibliche, beziehungsweise neben den weiblichen Leibeserben auch männliche Erben einzutreten berechtigt sind, das Heimfallsrecht nicht nach Ziff. 1 zu 6 pCt. berechnet werden darf.

Nach Vorstehendem bleibt noch der zweite Fall unter A im §. 8 des Gesetzes vom 21. April 1849 zur Anwendung übrig. Die hier getroffene gesetzliche Bestimmung, daß das Heimfallsrecht mit 3 pCt. zu berechnen sei, „wenn das Lehen überhaupt auf Leibeserben übergeht," ist nicht nur von dem Falle zu verstehen, daß das Lehen nach der gesetzlichen Erbfolge auf alle Leibeserben übergeht, sondern im Zusammenhang mit Ziff. 1 und dem Gegensatze zu der dortigen Voraussetzung, daß das Lehen nur entweder auf männliche oder auf weibliche Leibeserben übergeht, von allen Fällen, in welchen es auf männliche und weibliche Leibeserben somit im Gegensatze zu dieser Unterscheidung auf Leibeserben überhaupt übergeht, aber ohne daß damit eine Beschränkung in der weiblichen oder männlichen Erbfolge ausgeschlossen würde. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich insbesondere auch aus der folgenden Ziffer 3, wo mit dem Ausdruck „alle Erben" auch nur der Gegensatz zu den unter den vorhergehenden Ziffern behandelten Leibeserben ausgedrückt, und dieß zur größeren Deutlichkeit durch die in Klammern beigesetzten Worte „auch auf Seitenverwandte" noch besonders erläutert, keineswegs aber nur der Fall verstanden wird, da alle nach gesetzlicher Erbfolge erbfähigen Seitenverwandte, somit nach L.R.S. 755 bis zum 12. Grade auch zur Erblehenfolge berufen sind, vielmehr eine Beschränkung auf eine mindere Anzahl Grade auch in diesem Falle zulässig ist, solchen nicht ausschließt.

Otf.

III.

Findet im Exekutivprozeß das abgekürzte, oder das ordentliche Verfahren statt? (und sind demgemäß die Berufungsverhandlungen vor dem Amte oder vor dem Hofgerichte zu pflegen?)

Pr.O. §. 642. §. 694 und ff. §. 1107.

Diese Frage wurde von dem mittelrheinischen Hofgerichte in mehreren Fällen verschieden beantwortet. I. S. Stein gegen Lapp nahm man an, daß das abgekürzte

Verfahren nicht stattfinde, sondern das ordentliche Verfahren mit den Modifikationen wie sie der Titel 34 vorschreibt, denn daraus, daß in §. 641. 642 nicht sämmtliche Titel des besonderen Verfahrens (die im gemeinen Rechte zu den bestimmt summarischen Prozeßarten gerechneten Verfahrungsarten) als zum abgekürzten Verfahren gehörig ausdrücklich bezeichnet worden sind, (während dort dem Gesetzgeber offenbar die beste und nächste Gelegenheit dazu gegeben war, wenn er dies beabsichtigt hätte), in Verbindung mit dem Eingange zum §. 642, wo auf jene Fälle hingewiesen ist, „wo in dem Gesetze ein abgekürztes Verfahren besonders vorgeschrieben wird,“ eine solche Vorschrift aber weder den Titeln XXX. bis XXXVII. und XL. vorausgeht, und ebensowenig im Titel XXXIV. über den Exekutivprozeß enthalten ist, wurde gefolgert, daß der Exekutivprozeß nicht durchaus im abgekürzten Verfahren zu behandeln sei; eine Folgerung, die ihre hauptsächliche Begründung darin fand, daß nur bei einem Theile der bestimmt summarischen Prozesse, zu denen das Exekutivverfahren nicht gehört, das abgekürzte Verfahren ausdrücklich vorgeschrieben ist; so im Titel XXXII. von den unbedingten Befehlen und einstweiligen Verfügungen, §. 680; im Titel XXXV. vom Besitzprozesse, §. 706; im Titel XXXVI. von Aufforderungen zur Klage und öffentlichen Vorladungen, wenn der Aufgeforderte die Statthaftigkeit der Aufforderung bestreitet, §. 732; im Titel XXXVII. von Gesuchen um Urkundenherausgabe, §. 748 und im Titel XL vom Gantverfahren, §. 816.

In der Sache Singer gegen v. Andlaw hat man dagegen im Hinblick auf die im Titel XLII. vom Verfahren bei Collegialgerichten §. 1107 befindliche Bestimmung: „Alle Verhandlungen, welche in den Fällen des abgekürzten Verfahrens nach den Vorschriften des Gesetzes (Titel XXX — XXXVII.) mündlich gepflogen werden müssen,“ u. s. w. angenommen, daß auch der Exekutivprozeß zum abgekürzten Verfahren gehöre.

In der Sache Greibel und Genossen gegen Becker endlich war eine Wechselklage angestellt, und von dem Unterrichter nach bereits gepflogenen Verhandlungen, „soweit sie im Wechselstreitverfahren verhandelt werden sollte,“ abgewiesen worden, ohne daß jedoch, wie es hätte geschehen sollen, die Verhandlung in der geeigneten Prozeßart nach §. 696 der Pr.O. eingeleitet worden ist. Die Beschwerdeschrift wurde bei dem Hofgerichte eingereicht, und es erhob sich wieder dieselbe Streitfrage, wie in den beiden obigen Fällen. Schon in diesen beiden Fällen war bei der Berathung die Ansicht geltend gemacht worden, wie es zur Entscheidung, ob eine Sache zum abgekürzten Verfahren gehöre, nicht nothwendig sei, daß im Gesetze dies ausdrücklich ausgesprochen sei; indem es genüge, wenn aus den über eine bestimmte Prozeßart gegebenen Vorschriften des Verfahrens dieß erhelle. Fragt man nämlich, was denn eigentlich die charakteristischen Merkmale des abgekürzten Verfahrens seien, so kann mit Bestimmtheit nur der Ausschluß des schriftlichen Verfahrens angegeben werden. §. 642 Pr.O. Sodann noch, und dieß erhellt nur, wenn man sämmtliche Titel XXX — XXXVII. und die hier einschlägigen Paragraphen 816. 817. 828 aus dem Gantverfahren mit §. 641 zusammenhält — Anticipation des Beweises. Wo aber diese Merkmale zusammentreffen, da wird das abgekürzte Verfahren als vorhanden angenommen werden können, es mag im einzelnen Falle das Gesetz aussprechen, daß dasselbe einzuhalten sei, oder nicht. So wird nicht widersprochen werden können, daß das für den Arrestprozeß vorgeschriebene Verfahren gewiß summarischer Natur ist: und gleichwohl spricht die Pr.O. im Titel über den Arrestprozeß so wenig als in dem über das Exekutivverfahren aus, daß hier ein abgekürztes Verfahren eintreten solle. Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut im Eingange des §. 642, denn hier heißt es nicht: „In allen Fällen, wo das abgekürzte Verfahren vorgeschrieben ist,“ sondern „wo ein abgekürztes Verfahren vorgeschrieben ist.“ Damit ist deutlich genug auf die Natur und den Inhalt der prozessualischen Vorschriften hingewiesen.

Bei der Berathung über den zuletzt erwähnten, dritten Fall wurde aber hervorgehoben, der Umstand, ob eine Prozeßart zum abgekürzten Verfahren gehöre, entscheide für die Frage nichts, ob eine Sache im zweiten Rechtszuge vor dem Unterrichter zu verhandeln sei. Die Gründe hiefür wurden gefunden

1) im Wortlaute des §. 1185 Ziff. 3. Dort heißt es: „in den Fällen des §. 642 Ziff. 1. 2. 3. 4. Der §. 642 hat aber nur 4 Ziffern. Dadurch nun, daß der Gesetzgeber nur die Ziffern nannte, hat er gezeigt, daß er nur die in den 4 Ziffern genannten Fälle im zweiten Rechtszuge vor dem Unterrichter verhandelt wissen wollte, nicht aber, wie es im Eingange heißt, die „Fälle, wo in dem Gesetze ein abgekürztes Verfahren besonders vor-

geschrieben ist.“ Ueberhaupt hätte er auch noch diese Fälle hereinziehen wollen, so hätte er einfach den §. 642 genannt, und damit alle Fälle desselben umfaßt.

2) In §. 1185 Ziff. 4 sind einzelne Prozeßarten als zur unterrichterlichen Verhandlung der Appellation geeignet genannt, welche das Gesetz an anderer Stelle schon *ausdrücklich* als zum abgekürzten Verfahren gehörig bezeichnet hat, so: einstweilige Verfügungen §. 680, Klagaufforderungen §. 732. Dieß sind unnöthige Wiederholungen, wenn alle im abgekürzten Verfahren laufende Rechtsstreite vor dem Unterrichter nach §. 1186 zu verhandeln sind. Umgekehrt soll die Appellation im Prozessen über Urkundenherausgabe *nur dann* vor dem Unterrichter verhandelt werden, wenn sie als Nebensache eines Rechtsstreites vorkommt. Und doch schreibt §. 748 *ausdrücklich* vor, daß die Verhandlungen *ohne Unterschied*, ob das Gesuch gegen die Gegenpartei oder einen Dritten gerichtet wird, nach den Regeln des abgekürzten Verfahrens einzurichten seien. Ebenso verordnet §. 1185, 4 nur bei Streitigkeiten über dinglichen Arrest die Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter, während doch die Streitigkeiten über Personalarrest jedenfalls derselben Verfahrungsart angehören, möge diese zum abgekürzten oder zum ordentlichen Verfahren gerechnet werden.

Im dritten Falle (*J. S. Grethel* gegen *Becker*) ging man daher von der Frage ganz ab, ob der Exekutiv- und Wechselprozeß zum abgekürzten Verfahren gehöre. Die bei dem Hofgerichte eingereichte Beschwerde wurde dem Amte zur unterrichterlichen Verhandlung der Appellation zurückgegeben, und zwar auf den Grund des §. 1185 Ziff. 4. Denn da der Unterrichter die Kläger nur mit der Wechselklage *als solcher* abgewiesen, und nicht über die Sache selbst endgültig erkannt hatte, so mußte die Berufung als die Fortsetzung eines Streites über ein Gesuch um eine bestimmte Prozeßart angesehen werden, und in einem solchen Falle sind die Appellationsverhandlungen jedenfalls vor dem Unterrichter zu pflegen.

Ottendorff.

IV.

1) Ist das Wohnungsrecht ein dingliches oder fahrendes Recht?

2) Ist um ein dingliches Recht gegen Dritte vor Gericht geltend zu machen, der Eintrag des Erwerbs zum Grundbuch nothwendig?

L.R.S. 526. 526a. 1583a. §. 25 des II. Einf.E.
Beck, dingliche Rechte §. 17. 42.
Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. III. S. 164, Bd. VI. S. 7.
Brauer, Erläuterungen zu L.R.S. 526a.

Laut Privaturkunde vom 8. August 1838 gab der Kläger Ignaz *Haas* den *Welz*'schen Eheleuten 100 fl., wogegen diese ihm ein bestimmtes Wohnungsrecht in ihrem Hause auf Lebenszeit zusagten. Der Vertrag, wodurch dieses Wohnungsrecht konstituirt wurde, ist in das Grundbuch nicht eingetragen worden, wohl aber wurde die Vertragsurkunde vom Gemeinderath unterschrieben und auf dem Rathhause aufbewahrt, so daß, als später Streit über den Vertrag entstand, es leicht war, dessen Existenz und die Zeit seines Abschlusses zu beweisen. Im Jahre 1846 verkauften die Gregor Welz'schen Eheleute das Haus an die Joseph *Mack*'schen Eheleute. Hiebei geschah des Wohnungsrechtes des Ignaz Haas keine Erwähnung. Als bald darauf auch Joseph Mack starb, und das Haus sich im gemeinschaftlichen Eigenthum seiner Wittwe und seiner Kinder befand, verweigerte die Wittwe dem Haas die fernere Ausübung des Wohnungsrechts, sich darauf stützend, daß dasselbe nicht zum Grundbuche eingetragen, und das Haus frei von Lasten verkauft worden sei. Haas klagte nun gegen sie auf Anerkennung des von ihm erkauften Wohnungsrechtes. Der Unterrichter von der Ansicht ausgehend, daß ein Wohnungsrecht als Fahrniß zu betrachten, und deßhalb die Erwerbung eines solchen des Eintrags zum Grundbuch nicht bedürftig sei, erkannte nach dem Klagbegehren. Hiegegen appellirte die Beklagte, indem sie unter Anderm ausführte, daß schon wegen des Mangels des Eintrags zum Grundbuche, dem liegenschaftliche Rechte unterworfen seien, nach L.R.S. 1583a, und §. 25 des 2. Einf.-Ed. die Klage von dem Unterrichter gar nicht hätte angenommen werden sollen. Das *mittelrheinische* Hofgericht bestätigte das amtliche Urtheil.

Man nahm an, daß L.R.S. 1583a in den Worten: „Dessungeachtet muß der Käufer einer Liegenschaft solchen Kauf nochmals in das Grundbuch eintragen lassen," keineswegs gleichbedeutend sei mit Käufer eines dinglichen Rechtes. Eine Bestätigung dieser Auslegung wurde a) in §. 25 des II. Einführungsediktes gefunden, dessen Worte: „Jeder, der ein liegendes Eigenthum erwirbt", noch viel bestimmter sind, und ohne Zwang der Ausdrucksweise anzuthun unmöglich auf jedes Recht an einem solchen liegenden Eigenthume ausgedehnt werden können. b) In den Worten: „kann dieses sein Eigenthum vor Gerichten nicht geltend machen." Denn wenn es gleich unzweifelhaft ist, daß auch ein dingliches Recht zum Vermögen eines Menschen, was im gewöhnlichen Sprachegebrauch auch sein Eigenthum genannt wird, gehört, so ist es doch nicht die Redeweise des Gesetzgebers, daß ein dingliches Recht als Vermögenstheil ein Eigenthum genannt wird, wohl aber ist dieß bei liegenden Gütern der Fall. Bestimmungen aber, welche an den Eintrag des Erwerbes dinglicher Rechte zum Grundbuch die rechtliche Gültigkeit ihres Titels Dritten gegenüber knüpfen, sind im Landrechte ausdrücklich nicht nur nicht gegeben, sondern dasselbe enthält vielmehr Stellen, welche die giltige Existenz solcher Rechte ohne Eintrag zum Grundbuche geradezu voraussetzen, so L.R.S. 1638. Vergl. auch Pr.O. §. 738.

Was die Frage betrifft, ob das Wohnungsrecht zu den beweglichen Sachen zu rechnen sei, so erscheine dieselbe nach der ebenangegebenen Ausführung für die hier zu erlassende Entscheidung als unerheblich. Indessen sagen hierüber die Entscheidungsgründe: „Namentlich auch im Hinblick auf L.R.S. 526a dürfte es richtiger sein, es zu den unbeweglichen zu zählen, auch weil nach dem französischen Texte unter Usufruit auch die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten verstanden werden können."

Ottendorff.

V.

Die Ablösung der Weiderechte betreffend.

(Reg.-Bl. v. 1848 S. 303)

Das in Nummer 19 dieses Jahrgangs der Annalen S. 151 angeführte Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises wurde durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 18. Oktober d. J. abgeändert und das amtliche Urtheil wieder hergestellt. Das großh. Oberhofgericht begründete seine, übrigens auch bei der hofgerichtlichen Abtheilung vertretene Ansicht, wie folgt:

„Unter dem Ausdruck „Surrogate" im Abs. 4 des Art. 1 des Gesetzes vom 31. Juli 1848 müssen, wenn man die gewöhnliche Bedeutung und die Abstammung dieses Wortes in's Auge faßt, alle ihrer Natur nach ablöslichen Rechte verstanden werden, welche als Ersatz für aufgegebene Weiderechte an deren Stellen gesetzt wurden. Beide Theile stimmen aber darin überein, daß in dem Vertrag vom 15. Juni 1832 den Beklagten, beziehungsweise ihren Rechtsvorfahren für das aufgegebene Weiderecht neben dem Ablösungskapitale von 5000 fl. das hier in Rede stehende Pferchrecht ausbedungen wurde."

„Der Ersatz für das Weiderecht bestand also in dem Kapital von 5000 fl. und in dem Pferchrecht und beides zusammen macht das vollständige Surrogat des aufgegebenen Weiderechts aus — jedes für sich aber bildet das theilweise Surrogat. Es versteht sich, daß das ausbedungene Ablösungskapital nicht einer weiteren Ablösung unterworfen sein kann; allein dies steht der Ablösung des Pferchrechts nicht entgegen. Der angeführte Art. 1 des Gesetzes unterscheidet nicht zwischen vollständigen und theilweisen Surrogaten, sondern läßt die Ablösung sämmtlicher Surrogate zu. Es darf daher auch der Richter nicht unterscheiden. Da aber das Pferchrecht hier als ein theilweises Surrogat des Weiderechts erscheint, so ist es auch der Ablösung unterworfen und diese Ablösung kann nach dem ersten Absatz des mehrerwähnten Art. 1 allerdings von der klagenden Gemeinde verlangt werden, da offenbar sie die Belastete und die Beklagten die Berechtigten sind."

v. Hillern.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 41. Mannheim, 6. Oktober 1855.

I.

Findet die Vorschrift in L.R.S. 694 auch auf unständige offene Dienstbarkeiten Anwendung?

Obige Frage wurde längst von bewährten Autoritäten (Pardessus, Merlin, Duranton, Solon) und durch vielfache Präjudicien bejahend entschieden.

Lauckhard, Rechtsfälle VI. S. 285 ff.
Annalen XI. Beiblatt S. 7.
Annalen XV. S. 29.

Dessenungeachtet hat das Hofgericht des Seekreises I. Senat in Sachen Martin Pflegbaar gegen die Markgräflich badische Standesherrschaft Salem, Durchfahrtsrecht betr., jene Frage verneint unter Berufung auf

Zachariä §. 252, Note 9.
Marcadé zu Art. 694.
Annalen IX. Beibl. S. 35.

In der erwähnten Sache hatte nämlich M. Pflegbaar gegen die Markgräflich badische Standesherrschaft Salem eine Negatorienklage erhoben, welcher als Einrede und Widerklage die Behauptung entgegengesetzt wurde, daß der beklagten Standesherrschaft aus ihrem Walde ein Durchfahrtsrecht über die Wiese des Klägers zustehe, indem der Weg, welcher aus dem Walde der beklagten Standesherrschaft über die Wiese des Klägers zur Straße führt, schon zur Zeit, als die Beklagte Eigenthümerin beider Grundstücke gewesen, bestanden habe, und damals wie bisher, von Letzterer zur Holzabfuhr aus dem Walde benutzt worden sei.

Der Unterrichter wies den Kläger mit seiner Klage ab und erkannte nach dem Begehren der beklagten Standesherrschaft. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde dieses Urtheil dahin abgeändert, daß der beklagten Standesherrschaft das Durchfahrtsrecht nicht zustehe und dieselbe mit ihrer Widerklage abgewiesen werde.

Das großh. Oberhofgericht hob jedoch das hofgerichtliche Urtheil auf, und stellte das amtliche wieder her.

Entscheidungsgründe.

Das von der beklagten Standesherrschaft sowohl im Wege der Einrede gegen die wider sie erhobene Negatorienklage, als widerklagend beanspruchte Durchfahrtsrecht mußte derselben auf den Grund des L.R.S. 694 zuerkannt werden.

Es besteht unter den Parteien kein Streit darüber, daß sowohl die Wiese des Klägers, als die daran stoßende Waldung der Beklagten vor dem Jahre 1838 Eigenthum der Letzteren war, daß, als im Jahre 1838 diese Wiese von der Beklagten auf den Rechtsvorfahrer des Klägers durch den Allodifikationsvertrag überging, der darauf angelegte Weg schon bestand, daß solcher zur Durchfahrt in den Wald der Beklagten benützt, und daß in dem Allodifikationsvertrag eine Uebereinkunft über das Fortbestehen oder Nichtfortbestehen der Durchfahrt nicht getroffen worden ist. Da der bestehende Weg nach der Lage der beiden Grundstücke im Verhältniß zu einander und zu dem nahen öffentlichen Weg, sowie nach der Art seiner bisherigen Benützung zweifellos ein sichtbares Merkmal des Durchfahrtsrechts ist, und da der gedachte L.R.S. 694 verfügt, daß, wo auf zweien Grundstücken ein und desselben Eigenthümers sich ein sichtbares Merkmal einer Dienstbarkeit befindet, und eines derselben veräußert wird, ohne daß der Vertrag eine Uebereinkunft über diese Dienstbarkeit enthält, solche auf dem veräußerten Grundstück fortbesteht, sie möge ihm zu Last oder zu Nutzen sein, so stellt sich die Einrede, beziehungsweise Widerklage als wohl begründet dar, denn der L.R.S. 694 ist — für sich allein betrachtet — klar und unzweideutig, wie nicht min-

der vom Standpunkte der Gesetzgebung gerechtfertigt, und die Einwendungen, welche gegen diese, den Worten entsprechende Auslegung und zur Beschränkung derselben aus andern Sätzen hergeleitet werden, erscheinen nicht als begründet und zulässig.

Wenn nämlich behauptet wird, der L.R.S. 694 setze voraus, daß die Dienstbarkeiten, von welchen er spricht, nicht blos offene, sondern zugleich selbstständige seien, weil er, wie die vorangehenden Sätze 692 und 693 von dem Titel der Widmung handle, dieser Titel aber, wie L.R.S. 692 besage, nur bei offenen und selbstständigen Dienstbarkeiten eintrete, daß hingegen die hier streitige Dienstbarkeit, wenn auch eine offene, doch nach L.R.S. 688 keine selbstständige sei, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Denn gerade, weil der L.R.S. 692 die Widmung, welche der Eigenthümer zweier Grundstücke diesen durch eine sichtbare Einrichtung gibt, nur bei selbstständigen und offenen Dienstbarkeiten als Titel gelten läßt, muß angenommen werden, daß der L.R.S. 694, welcher ausdrücklich nur von offenen Dienstbarkeiten spricht, ohne zwischen selbstständigen und unständigen zu unterscheiden, von dem Titel der Widmung unmöglich handeln kann.

Es darf dieß aber um so weniger angenommen werden, weil sonst dasjenige, was der Satz 693 besagt, der Sache nach auch wieder in dem L.R.S. 694 enthalten sei, jener daher ganz überflüssig erscheinen, und dieser dazu noch fehlerhaft abgefaßt sein würde, eine Annahme, von der man bei einem sonst sorgfältig redigirten Gesetzbuch wohl ohne Noth nicht ausgehen darf. Auch zeigt eine in den Verhandlungen über den Code civil vorgekommene Aeußerung, wenn solche auch in anderer Beziehung auf einem Mißverständniß beruhen mag, wenigstens soviel mit Sicherheit, daß der Art. 694 von der Widmung nicht handeln sollte. (Pardessus traité des servitudes No. 288 Note 5.) In der That bezieht er sich seinem Inhalte und seiner Stellung nach auf einen andern Fall.

Nachdem nemlich im Abschnitt über die Erwerbung der Dienstbarkeiten zuerst in den Sätzen 690 und 691 solche durch Vergünstigung und Ersitzung behandelt und dann in den Sätzen 692 und 693 vorgeschrieben worden ist, daß bei selbstständigen und offenen Dienstbarkeiten auch die Widmung als Titel gelte und eine solche anzunehmen sei, wenn zwei nun abgetheilte Grundstücke vormals nur einen Eigenthümer hatten, und durch diesen die Sachen in jenen Zustand versetzt worden sind, welcher Merkmal der Dienstbarkeit ist, lag es nahe, auch den Fall zu regeln, wo überhaupt sich auf zwei bisher in einer Hand befindlichen Grundstücken ein sichtbares Merkmal einer Dienstbarkeit, von wem dies auch herrühren möge, befindet, und eines der Grundstücke durch Vertrag auf einen Dritten übergeht, ohne daß in solchem eine Uebereinkunft darüber getroffen worden ist, wie es künftig in Ansehung der Dienstbarkeit zu halten sei. Hier entscheidet nun der L.R.S. 694, daß in diesem Fall angenommen werden soll, die Dienstbarkeit solle nach der zu unterstellenden stillschweigenden Absicht der Vertragspersonen fortbestehen. Es wird dabei zwischen selbstständigen und unständigen Dienstbarkeiten nicht unterschieden, so scharf dies auch in den vorhergehenden Sätzen überall geschehen war; es soll genügen, wenn sie nur eine offene ist, d. h. wenn nur das dafür bestehende Merkmal ein so klares und deutliches ist, daß die Vertragspersonen über seinen Zweck und seine Bedeutung nicht im Zweifel sein konnten. In diesem Falle aber war es allerdings nichts weiter als eine Anwendung des auch dem L.R.S. 1638 zu Grunde liegenden, in allgemeinerer Richtung auch in den L.R.S. 1602. 1602a u. 1108b wieder erkennbaren Princips, daß, wo für einen bestehenden Zustand den Sinnen sich klare Merkmale darbieten, und die Vertragspersonen etwas Anderes darüber nicht verabreden, anzunehmen sei, das Bestehende solle nach dem Willen der Vertragspersonen auch nach Abschluß des Vertrags als ein rechtmäßiger Zustand fortbestehen. Auch entspricht die hier adoptirte Auslegung den Grundsätzen des Landrechts über den Zuwachs. (S. 546.)

Man hat dieser Auslegung zwar entgegengehalten, sie setze den L.R.S. 694 in Widerspruch mit L.R.S. 692. Dies würde jedoch nur richtig sein, wenn man auch jenen Satz, was hier nicht geschieht, allein von dem Titel der Widmung verstehen wollte. Mit mehr Grund ließe sich vielleicht behaupten, daß nach eben dieser Auslegung dasjenige, was die Sätze 692 und 693 vorschreiben, auch aus dem L.R.S. 694, wenn er allein stünde, gefolgert werden könnte, und daß sich nicht einsehen lasse, warum in Fällen der Widmung die Vorschrift auf selbstständige Dienstbarkeiten eingeschränkt worden sei, im Falle des L.R.S. 694 dagegen nicht. Allein in ersterer Hinsicht kommt in Betracht, daß schon das gemeine Recht Vorschriften über beiderlei Fälle gegeben hatte, und es sich dadurch schon erklärt, warum auch der Code von der einen und andern reden wollte.

In beiden Hinsichten aber läßt sich die Frage aufwer-

fen, ob nicht die Sätze 692 und 693 auf Fälle zu beschränken sind, wo das eine der beiden Grundstücke ohne Vertrag auf einen andern übergeht, der L.R.S. 694 aber Verfügung für den Fall trifft, wo dies durch Vertrag geschieht, wobei denn leicht erklärlich wäre, daß das Gesetz für den ersteren Fall eingeschränktere Folgen an die eingetretene Veräußerung knüpfte, als für den zweiten (Sirey 1838 II. 22), — eine Frage übrigens, auf welche hier nicht tiefer einzugehen ist.

Wenn einige Schriftsteller den L.R.S. 694 zwar gleichfalls auf offene Dienstbarkeiten, sie seien selbstständig oder unständig, anwenden, jedoch nur von dem Falle verstehen, wo hergestellt ist, daß das sichtbare Merkmal schon vor der Vereinigung beider Grundstücke unter einem Eigenthümer bestand, und von diesem dann wieder eines derselben veräußert wird, so steht dieser Auslegung entgegen, daß unter dieser Voraussetzung der Satz offenbar hinter den Artikel des Code civil hätte zu stehen kommen müssen, und was noch entscheidender ist, daß der Satz selbst in keinem Worte den geringsten Anhalt für die fragliche Einschränkung bietet.

Für die badischen Gerichte kommt übrigens noch zu erwägen, daß der im Landrecht dem Art. 705 beigefügte zweite Absatz den L.R.S. 694 ganz so anwendet, wie er hier ausgelegt wird, und daß der Verfasser desselben dem letzteren Satz offenbar eine weitere Bedeutung in Bezug auf offene selbstständige und unständige Dienstbarkeiten geben wollte, als die obenerwähnten Schriftsteller es thun, weil sonst wohl im L.R.S. 705 in einer andern Form lediglich auf L.R.S. 694 verwiesen worden sein würde.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Hgr.

II.

1) Sind Verfügungen, welche gegen Eheleute als unter sammtverbindlicher Haftbarkeit verpflichtete Personen gerichtet werden, in doppelter Ausfertigung abzulassen, und jedem der Ehegatten eine solche zu behändigen, oder genügt eine Ausfertigung und die Behändigung derselben an den Ehemann?

2) Ist der Ehemann berechtigt, als gesetzlicher Vertreter und Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau ohne Vollmacht derselben Prozeß zu führen und durch Zugeständnisse, ausdrückliche oder stillschweigende (Versäumnisse) das Sondervermögen seiner Ehefrau zu Gunsten seines Prozeßgegners zu veringern. *)

Pr.O. §. 248. 611; L.R.S 1428; Annalen IX. Beibl. No. 4 S. 15, XIII S. 255, XIV. S. 157. 247; Brauer Erläuterungen III. zu L.R.S. 1428; Zachariä III. Bd. §. 509 S. 192.

Valentin Groß erwirkte im Jahre 1848 gegen Bernhard Wolf unter Sammtverbindlichkeit seiner Ehefrau einen bedingten Zahlbefehl, und als ein Widerspruch nicht erfolgte, ein Liquiderkenntniß für eine angeblich aus Darlehen herrührende verzinsliche Forderung von 278 fl.

*) Obige Fragen, welche weniger prozessualischer, als civilrechtlicher Natur sind, wurzeln offenbar in dem durch das Landrecht dem Ehemanne beschränkt eingeräumten Rechte des Mannes an dem Vermögen der Ehefrau. Ueber den Umfang dieses Rechtes herrscht auch unter den französischen Schriftstellern und Gerichten keine vollständige Einigkeit. Siehe die Literatur hierüber in Gilbert Code annoté zu Art. 1428 No. 9. 10. 11. 12. 19. 21 und insbesondere 22. Thilo zu L.R.S. 1428. 1624. Auch das mittelrheinische Hofgericht ist sich in seinen Entscheidungen nicht gleich geblieben, indem es in Sachen Ulrici gegen Grethel „In Erwägung, daß hiernach nicht dargethan ist, daß auch gegen die Ulricische Ehefrau ein sie als Sammtschuldnerin verurtheilendes Versäumungserkenntniß erging, noch daß ihr ein solches gehörig behändigt wurde, ohne welchen Nachweis nach Ansicht der §§. 351. 611. 910 Pr.O. auch keine Vollstreckung gegen sie stattfindet," angenommen hat, daß doppelte Ausfertigung und Zustellung auch an die Ehefrau nothwendig sei, während es in Sachen Leberle gegen Rauch aussprach: die Klage betrifft eine während der Dauer der Ehe von der Frau übernommene Sammtverbindlichkeit für eine Schuld der Gemeinschaft und die Klage ist sowohl gegen den Mann, wie gegen die Frau gerichtet. Das Versäumungserkenntniß erging daher gegen den Mann in doppelter Eigenschaft, gegen ihn in eigenem Namen und in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Verteeter der Frau gemäß L.R.S. 1428. Außerdem gilt aber auch nach §. 248 Pr.O. (§ 262a Pr.O.) die Behändigung richterlicher Verfügungen an erwachsene Personen, die zur Familie des Beklagten gehören, ebenso, wie wenn sie letzterem selbst behändigt worden wären. Daher muß, wenn so das Versäumungserkenntniß dem Ehemann behändigt worden ist, die Zustellung desselben an ihn auch der Frau gegenüber gelten, und von Wirksamkeit sein.

D. E.

und ließ dieses Liquiderkenntniß sofort zum Pfandbuche eintragen. Die Wolf'sche Ehefrau gibt an, von diesen Vorgängen nichts gewußt zu haben, bis sie im Jahre 1855 gegen ihren Ehemann Vermögensabsonderung erwirkte. Groß behauptet zwar, es sei das Liquiderkenntniß doppelt ausgefertigt, und auch der Wolf'schen Ehefrau eine Ausfertigung zugestellt worden. Der Beweis hierüber konnte jedoch weder durch die zweifelhafte Beurkundung auf einer in Handen des Klägers befindlichen Ausfertigung des Liquiderkenntnisses, noch durch das Zustellungsbuch des Gerichtsboten *) hergestellt werden.

Die Wolf'sche Ehefrau erhob nun gegen Groß eine Klage, womit sie um Wiederherstellung gegen das Liquiderkenntniß bat, und Einsprache gegen den bedingten Zahlbefehl erhob. Der Beklagte bestritt das Gesuch um Wiederherstellung als längst verspätet, insofern die Klage den Charakter einer Einsprache haben solle, und als verfrüht, weil eine Vollstreckung gegen die Klägerin noch gar nicht begehrt sei; der Klage überhaupt wurde entgegengehalten, daß sie unbegründet sei, weil von dem Liquiderkenntnisse gegen die Wolf'sche Ehefrau ein Gebrauch noch gar nicht gemacht, und sie in keiner Weise in ihren rechtlichen Interessen verletzt sei.

Der Unterrichter wies die Klage ab. Das mittelrheinische Hofgericht reformirte **) dieses Urtheil dahin, daß die Beklagte gegen das Versäumungserkenntniß vom 10. März 1848 wiederherzustellen, und es dem V. Groß zu überlassen sei, wenn er wolle, förmliche Klage zu erheben.

Die Entscheidungsgründe führen über die in diesem Rechtsstreite aufgetauchten Fragen im Wesentlichen folgende Sätze aus:

Wenn es auch zweifelhaft ist, ob die Klägerin im Jahre 1848 als Mitbeklagte wirklich belangt war, so gehen doch beide Theile, und das jetzt angefochtene Urtheil davon aus. Insoweit daher das bestrittene Liquiderkenntniß die Klägerin betrifft, hat sie ein rechtliches Interesse daran, dasselbe zu beseitigen, um so mehr, als sie dadurch auf dem einfachsten Wege das sicherste Mittel erhält, den ihrem Credit schädlichen Eintrag zum Pfandbuch auf wirksame Weise aus dem Wege räumen zu können. — Es werden nun die thatsächlichen Momente hervorgehoben, nach welchen anzunehmen ist, daß das Liquiderkenntniß nur dem Ehemann, und nicht der Ehefrau Wolf zugestellt worden, und nun wird gesagt: „War aber der Wolf'schen Ehefrau als Mitbeklagte das Liquiderkenntniß (wie dieß nach §. 657 der alten Pr.O. hätte geschehen sollen) nicht zugestellt worden, so kann auch jetzt noch, da gegen sie die Wiederherstellungsfrist zu laufen noch nicht einmal begonnen hat, mindestens um Wiederherstellung dagegen bitten, denn durch die Eröffnung desselben an Groß und Wolf ist dasselbe jedenfalls kein Entwurf mehr geblieben. — Die einmalige Ausfertigung des Liquiderkenntnisses und dessen Zustellung an den Ehemann Wolf kann keine Wirkungen gegen Wolf's Ehefrau nach L.R.S. 1428 äußern. Denn der Ehemann ist nur Eigenthümer der Gemeinschaftsmasse, und nur Nutznießer und Verwalter des eigenen Vermögens der Ehefrau. Er hat daher hinsichtlich des Aktivbestandes desselben nur die Rechte eines Nutznießers und Verwalters, und kann nur über die fahrende Habe verfügen. Daß er aber auch die Ehefrau, wenn sie als Schuldnerin in einer Weise belangt ist, daß sie dem Gläubiger mit ihrem sondereigenen Vermögen haftbar wird, ohne ihr Wissen und Willen, blos als Herr der Gütergemeinschaft allein vertreten, und auf diese Weise um den Grundstock ihres ganzen Sondervermögens bringen könne, wenn er namens ihrer die Mit- oder Sammtschuldnerschaft dem Gläubiger bekennt, sagt das Landrecht, und namentlich der Satz 1428 (vrgl. L.R.S. 1483. 1486. 1487), mit keiner Sylbe."

Ottendorff.

---

*) Die Aussage des früheren, jetzt diesen Dienst nicht mehr versehenden Gerichtsboten lautet zu Gunsten der Wolf'schen Ehefrau. Der ihr von Groß zugeschobene Eid, ob es nicht wahr sei, daß ihr das Liquiderkenntniß zugestellt worden sei, wurde als unzuläßig von dem Gerichtshofe verworfen.

D. E.

**) Die Appellationsverhandlungen waren auf den Grund des §. 1165. 641 Pr.O. vor dem Unterrichter gepflogen worden. Das mittelrheinische Hofgericht hielt jedoch diesen Rechtsstreit nicht für eine Nebensache im Sinne des §. 641, und zog die Berufungsverhandlungen an sich.

D. E.

III.

1) Der Eintrag eines Wohnungsrechts in das Grundbuch ist zu Gunsten des Wohnungsberechtigten wirksam, wenn auch der Eintrag nicht

von diesem, sondern von dem neuen Erwerber des Hauses bewirkt worden ist. (arg. L.R.S. 2108.)

2) Wenn bei einer Zwangsversteigerung ein Haus ohne Wohnungsrecht versteigert und dem Steigerer zugeschlagen wird, so tritt hiedurch eine Entlastung des Hauses von dem Wohnungsrechte, ein Erlöschen desselben nicht ein. Dagegen findet in diesem Falle

3) der §. 1026 der Pr.O. Anwendung.

In Sachen des Wunibald Kramer gegen C. Peyer, Wohnungsrecht betreffend, wurde vom Hofgericht des Seekreises das amtliche Urtheil, welches dem Kläger das Wohnungsrecht unbedingt zusprach, dahin theils bestätigt, theils abgeändert, daß der Beklagte schuldig sei, das Wohnungsrecht des Klägers in dem im Jahre 1851 erkauften Hause in Untereggingen nach Maaßgabe des Vermögensübergabsvertrags des Wunibald Kramer und seiner Ehefrau Katharina geborene Mahler an ihre Kinder de dato Monat Dezember 1842 anzuerkennen, jedoch sei er erst schuldig dem Kläger die Ausübung des Wohnungsrechtes zu gestatten, wenn derselbe ihn für den durch solches Wohnungsrecht bewirkten Minderwerth des Hauses, welcher durch besonderes Liquidationsverfahren festzusetzen ist, entschädigt haben wird.

Entscheidungsgründe.

Obgleich der Vertrag vom 6. Dezember 1842, welcher zwischen dem Kläger und seinem Sohne Leonhard Kramer abgeschlossen und durch welchen das vom Kläger jetzt beanspruchte Wohnungsrecht begründet wurde, erst am 18. Dezember 1847 in das Unterpfandsbuch und erst am 30. November 1848 in das Kauf- und Tauschbuch eingetragen wurde, so ist gleichwohl das fragliche Wohnungsrecht schon vom 22. Februar 1843 an, nämlich durch einen an diesem Tage erfolgten Eintrag in dem Kauf- und Tauschbuche rechtsgenügend offenkundig und gegenüber von Dritten wirksam geworden.

Dieser Eintrag enthält allerdings nicht den oben erwähnten zwischen dem Kläger und Leonhard Kramer abgeschlossenen Vertrag vom 6. Dezbr. 1842, sondern einen weiteren zwischen Leonhard Kramer und Joseph Kramer abgeschlossenen Kaufvertrag über das mit dem Wohnungsrechte belastete Haus und andere Liegenschaften, und bei diesem letzteren Vertrage, sowie bei dessen Eintrag ins Grundbuch hat Kläger nicht mitgewirkt, allein seines Wohnungsrechtes wurde ausdrücklich dabei erwähnt, und nach einer besonderen zum Kauf- und Tauschbuche eingetragenen Vertragsbestimmung wurde dem Käufer die Verbindlichkeit auferlegt, dem Kläger für seine Lebensdauer das Wohnungsrecht in dem jetzt angesprochenen Umfange zu gestatten; und da man auch zum Vortheile eines Dritten etwas bedingen kann, so wurde durch den letzteren Vertrag das Wohnungsrecht des Klägers wiederholt begründet und durch den Eintrag desselben wurde es offenkundig und gegen Dritte, insbesondere gegen solche, welche ihre Rechte unmittelbar von Joseph Kramer ableiten, rechtswirksam, da ja in dem nemlichen Eintrage, welcher dessen eigenthümlichen Erwerb des Wohnhauses enthält, auch die Belastung dieses Wohnhauses durch das Wohnungsrecht des Klägers angegeben ist.

Die Klage auf Anerkennung des Wohnungsrechtes ist daher begründet, und zugleich ergibt sich aus dem Vorgetragenen, daß die Einrede des Beklagten, in so weit sie sich darauf gründet, daß er als Unterpfandsgläubiger im Range vom April 1845 das ihm verpfändete Wohnhaus frei von dem Wohnungsrechte des Klägers zur Versteigerung bringen konnte, und daß folgeweise durch die von ihm betriebene Zwangsversteigerung das Wohnhaus frei von dem Wohnungsrechte auf ihn als Steigerer übergieng, unbegründet sei, denn nur dann wäre dieses der Fall, wenn sein Unterpfandsrecht früher als das Wohnungsrecht des Klägers eingetragen worden wäre, was aber nach dem Obigen nicht der Fall ist.

Was sodann die Einrede betrifft, daß das Haus in der Zwangsversteigerung ohne das Wohnungsrecht des Klägers versteigert und dem Beklagten zugeschlagen worden sei, so ist hiedurch eine Entlastung des Hauses von dem Wohnungsrechte, ein Erlöschen des letzteren nicht eingetreten, denn keine gesetzliche Bestimmung rechtfertigt es, den angeführten Thatsachen die hieraus gefolgerte Rechtswirkung beizulegen, wohl aber folgt aus denselben, daß der Beklagte dem Kläger das ihm zustehende Wohnungsrecht erst dann einzuräumen hat, wenn er für denjenigen Verlust entschädigt sein wird, welcher ihm dadurch zugeht, daß auf seinem als lastenfrei versteigerten Hause ein Wohnungsrecht in dem vom Kläger angesprochenen Umfange haftet und zwar ist der Kläger vorbehaltlich des Rückgriffs, gegen wen er damit auszuweichen gedenkt, zu dieser Entschädigung verpflichtet.

Es besagt nemlich §. 1026 der Pr.O., daß derjenige welcher in öffentlicher Zwangsversteigerung ein Gut erworben hat, und in Folge darauf erhobener Eigenthumsansprüche von demselben wieder abzutreten hat, vorerst schadlos gehalten werden muß, und zwar von demjenigen, welchem das Gut abzutreten ist; und es gründet sich diese Bestimmung nach Weilers Motiven und dem in der zweiten Kammer von 1831 erstatteten Commissionsberichte auf die Rücksicht, daß den öffentlichen Zwangsversteigerungen das größtmögliche Vertrauen der Kaufliebhaber begründet, und daß daher jeder, welcher unter dem Schutze eines öffentlichen Steigerungsaktes Eigenthum erworben hat, gegen Schaden und Kosten gesichert werden sollte; das Gesetz spricht zwar an dem angeführten Orte nur von der Entwährung des Eigenthums und von der Nothwendigkeit, vom ersteigerten Gute ganz abzutreten; allein bei der Gleichheit des Grundes des Gesetzes muß obige Regel auch da befolgt werden, wo dem Steigerer nicht der volle Inbegriff der im Eigenthum enthaltenen und daraus entspringenden Rechte, wohl aber ein Theil derselben, die Befugniß der ausschließlichen Benützung der eigenen Sache zu beliebigem Gebrauche entzogen wird; und folgeweise muß in dem vorliegenden Falle dem Beklagten, welcher das Wohnhaus des Joseph Kramer als lastenfrei versteigert hat, von dem Kläger, der es unterlassen hat, sein Wohnungsrecht in dem Vollstreckungsverfahren rechtzeitig und auf gehörige Weise zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen, vorerst der Schaden vergütet werden, welcher ihm durch das Wohnungsrecht zugeht, bevor er zur Einräumung desselben an den Kläger gezwungen werden kann.

Hgr.

IV.

1) Können die Befreiungsgründe der Geschworenen (§. 64 des Gesetzes vom 5. Februar 1851) auch noch nach der Loosziehung berücksichtiget werden?

Annalen XXII. S. 270.

Bei dem Gerichtshof des Seekreises bestand schon seit Einführung der Schwurgerichte darüber kein Zweifel, daß die Befreiungsgründe des §. 64 selbst dann noch berücksichtiget werden müssen, wenn sie erst nach geschehener Loosziehung vorgebracht werden. Denn nach §. 64 haben die Geschworenen das Recht, aus den daselbst angegebenen Gründen die Befreiung von der Verpflichtung, Geschworener zu sein, zu verlangen, ohne an eine bestimmte Zeit gebunden zu sein. Zwar ist in §. 59 bestimmt, daß die in die Kreisliste aufgenommenen Personen nach der Verkündung der Kreisliste im Kreisanzeigeblatt ihre Ablehnungsgründe mit den nöthigen Nachweisungen dem Hofgericht unverzüglich anzeigen müssen. Es ist aber keine Frist festgesetzt und namentlich nicht gesagt, daß die Befreiungsgründe, wenn sie nach der Loosziehung vorgebracht werden, nicht mehr zu berücksichtigen sind. In vielen Fällen ist es gar nicht möglich, die Befreiungsgründe vor der Loosziehung vorzubringen, indem sie erst nachher entstehen, z. B. wenn ein Apotheker erst nach der Loosziehung seinen einzigen Gehülfen verliert; wenn ein Staatsbeamter, eine Militärperson oder ein Schullehrer erst nach der Loosziehung unentbehrlich im Dienste wird; wenn ein Geschworener erst nach der Loosziehung das 65. Jahr zurücklegt. Deßhalb wurde ein Apotheker im Laufe der Sitzung entlassen, weil er in dieser Zeit seinen einzigen Gehülfen verloren hatte. Ferner hat man auch einen Geistlichen für befreit erklärt, welcher erst nach der Loosziehung die Verrichtung als Geschworener für immer abgelehnt hatte. Endlich wurden schon mehreremal Geschworene auf den Grund des §. 64 Ziff. 7 und 8 für befreit erklärt, welche erst nach der Loosziehung um Befreiung nachsuchten.

Dagegen herrscht beim Gerichtshof des Seekreises eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob die Befreiungsgründe nach erfolgter Loosziehung beim Hofgericht oder nur beim Schwurgerichtshof vorgebracht werden dürfen. Die Majorität entschied sich dafür, daß die Befreiungsgründe nach geschehener Loosziehung nicht mehr beim Hofgericht, sondern nur beim Schwurgerichtshof vorgebracht werden dürfen und dieser in der Schwurgerichtssitzung selbst hierüber zu entscheiden habe. So wurde namentlich am 28. Februar 1853 erkannt. Mehrere Geschworene, welche auf den Grund des §. 64 Ziff. 7 für die nächsten sechs Sitzungen für befreit erklärt worden waren, wurden in die amtliche Bezirksliste der Geschworenen wieder aufgenommen, ohne alle Bemerkung, daß sie von ihrer Befreiung Gebrauch machen wollen. Sie wurden daher auch ohne eine solche Bemerkung in die Kreisliste auf-

genommen. Und nach der Verkündung der Kreisliste im Anzeigeblatt hatten sie ihre Befreiungsgründe bis zur Loosziehung nicht geltend gemacht, sondern erst, als sie nach geschehener Loosziehung zur Schwurgerichtssitzung vorgeladen waren, reichten sie beim Hofgericht ein Befreiungsgesuch ein. Von demselben wurde aber in Anbetracht, daß nach §. 63 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 eine Befreiung auf den Grund des §. 64 daselbst beim großh. Hofgerichte nach der Loosziehung nicht mehr geltend gemacht werden kann, das Gesuch der Geschworenen um Befreiung zum Erscheinen in der Schwurgerichtssitzung als hier nicht stattfindend zurückzuweisen. (Vrgl. Annalen XXI. S. 271.)

---

2) Wie ist das vorübergehende Ausbleiben eines Geschworenen aus Versehen zu ahnden?

Annalen XXII. S. 277.

Von dem Schwurgerichtshof des Seekreises wurde schon in einigen Fällen die in §. 67 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 angedrohte Strafe (meistentheils im geringsten Maaße) ausgesprochen, wenn ein Geschworener bei der Bildung des Schwurgerichts ohne Entschuldigung abwesend war, obgleich er später noch in derselben oder doch in der nächsten Sitzung erschien und sein Ausbleiben nur auf einem Irrthum oder Versehen beruhte. So wurde ein Geschworener in die Strafe von 25 fl. verfällt, welcher beim Aufruf nicht anwesend war, später aber noch in der Sitzung erschien und sein Ausbleiben damit entschuldigte, daß die Uhr seines Kutschers nicht richtig gegangen und dieser zu spät mit der Chaise vorgefahren sei. Eine Ordnungsstrafe, d. h. eine weniger als 25 fl. betragende Strafe wurde im Seekreise gegen einen Geschworenen noch nie erkannt, weil eine solche im Gesetze nirgends statuirt ist, und dem Gerichtshof eine disciplinäre Strafgewalt gegen die Geschworenen, als coordinirte Richter der That, auch nicht zukommt. Dagegen läßt sich die Praxis des Schwurgerichtshofes des Seekreises damit rechtfertigen, daß man zur Zeit des Aufrufs der Geschworenen ja nicht weiß, aus welchem Grunde der unentschuldigt ausgebliebene Geschworene nicht anwesend ist, daher man annehmen kann und muß, daß er ungehorsam sei, d. h. daß er entweder auf die an ihn ergangene Ladung ohne Entschuldigung ausgeblieben sei, oder sich vor Beendigung der Sitzungen ohne Entschuldigung entfernt habe, daß also einer der in §. 67 bestimmten Fälle vorhanden sei, welcher die daselbst angedrohte Strafe begründet. Uebrigens pflegt man es bei der Wiederherstellung gegen solche Straferkenntnisse nicht sehr strenge zu nehmen. Und etwaige Härten können im Wege der Gnade ausgeglichen werden. Dagegen hat die Größe der Strafe, welche die Geschworenen im Falle des Ausbleibens zu gewärtigen haben, das Gute für sich, daß sie um so pünktlicher erscheinen. Wenn indessen ein Geschworener auf solche Art bestraft wird und keine Wiederherstellung erlangt, so kann er wegen jedes weiteren Ausbleibens in derselben Quartalssitzung nicht mehr bestraft werden.

Haager.

V.

Müssen die in dem Verfahren über ein Gesuch um Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung vorzulegenden Standesbuchauszüge legalisirt sein, und welche Folge hat die fehlende Legalisation?

Zu L.R.S. 45. 283. 289.

Vergleiche Annalen XVI. Jahrgang S. 8.

Durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 6. Oktober 1855 ward diese Frage in folgender Weise entschieden:

Die von den G. W. Kappler'schen Eheleuten nachgesuchte Scheidung ist, da alle gesetzlichen Bedingungen vorhanden und im Uebrigen alle Förmlichkeiten erfüllt sind, nur um deßwillen verworfen worden, weil die nach L.R.S. 283 No. 1 und 2 vorzulegenden Urkunden nicht mit der im L.R.S. 45 erwähnten Beglaubigung versehen waren. Was die Beglaubigung des Ehescheins, der Geburts- und Sterbscheine betrifft, so ist vor Allem nach der unzweifelhaften Ansicht des Gesetzgebers

vergl. Receuil des discours etc. (Poncelet) Tom. II. p. 70.

Zachariä Handbuch I. §. 64 Note 2,

nicht nur soviel gewiß, daß die Vorschrift des L.R.S. 45 in allen denjenigen Fällen keine Anwendung findet,

in welchem der nämliche Gerichtsbeamte die Beglaubigung zu ertheilen hätte, bei dem seine Scheine vorgelegt werden, daß hier also die von dem bürgerlichen Standesbeamten der Gemeinde Iltersbach gefertigten Auszüge aus den Standesbüchern schon aus diesem Grunde der Beglaubigung des Amtes Pforzheim nicht weiter bedurften, sondern es kann die Beglaubigung der Auszüge aus den Standesbüchern überhaupt nicht als eine nothwendig zu beobachtende Förmlichkeit betrachtet werden.

Die Ortspfarrer sind als bürgerliche Standesbeamte und damit als öffentliche Beamte erklärt, denen innerhalb der Grenzen ihrer Amtsthätigkeit das öffentliche Beurkundungsrecht zusteht. Die von ihnen gefertigten Auszüge aus den bürgerlichen Standesbüchern sind demnach öffentliche Urkunden. Mehr als die Vorlage der Scheine in öffentlicher Form verlangt der L.R.S. 283 in No. 1 u. 2 nicht, gerade weil auch die Erklärung der Eltern — z. B. No. 3 vrgl. L.R.S. 285 — nur in öffentlichen Urkunden ohne weitere Beglaubigung vorgelegt werden soll, gleichviel, ob der Beamte, von welchem sie ausgeht, inner- oder außerhalb dem Gerichtssprengel wohnt. Durch die Bestimmung des L.R.S. 45 ist hieran auch Nichts geändert. Sie bewirkt nur, daß, den Fall des Vorwurfs der Fälschung abgerechnet, die Vorlage der Standesbücher (Urschriften) nicht verlangt werden kann, wenn die Auszüge auch noch beglaubigt sind,

Marcadé ad art. 45.
Demolombe I. 318.

und sie enthält insofern eine Ausnahme von der in den L.R.S. 1334. 1335 aufgestellten Regel. Fehlt ihnen die Beglaubigung, so kann derjenige, gegen den sie beweisen sollen, wenn er ihre Authenticität beanstandet, nach eben diesen Regeln die Vorlage der Urschriften verlangen, und eben diese Vorlage, oder die nachträgliche Beglaubigung der Auszüge, die inzwischen erfolgt, mag der Eherichter, wenn ihm die Kenntniß ihrer Aechtheit abgeht, anordnen.

Daraus folgt jedoch nicht, daß die Scheine nothwendig und bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens gleich bei dessen Beginn in beglaubigter Form vorgelegt werden müßten.

Uebrigens würde in Anwendung des L.R.S. 290 die fehlende Beglaubigung in dem vorliegenden Falle den Kappler'schen Eheleuten schon darum nicht zum Vorwurf gereichen, und ihnen, worauf es doch allein ankommt, als ein Mangel ihres Ernstes und ihrer Beharrlichkeit nicht ausgelegt werden können, weil der urtheilende Gerichtshof bei Verbescheidung ihres früheren Scheidungsgesuches die Beglaubigung derselben Scheine nicht für nothwendig und für kein Hinderniß erachtet hatte, ihrem Begehren zu willfahren; weßhalb sie auch jetzt wieder zu der Annahme berechtigt waren, durch die Vorlage der unbeglaubigten Scheine sei dem Gesetz vollkommen genügt.

K.

VI.

Erkenntnisse gegen Kinder unter 14 Jahren (§. 80 des Strafedikts), jetzt unter 12 Jahren (§. 78 des St.G.B.), sind nicht geeignet als Grundlage der Rückfälle zu dienen.

Annalen XVIII. S. 261.

Jakob Dietrich von M. wurde vom Hofgericht des Seekreises des zweiten Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt. Das großh. Oberhofgericht änderte dieses Urtheil dahin ab, daß der Angeschuldigte nur des ersten Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahles für schuldig zu erklären sei. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt: „Die That, welcher der Rekurrent mit Recht für schuldig erklärt ist, war jedoch als erster Rückfall in das Verbrechen des dritten Diebstahls zu bezeichnen, weil Rekurrent zur Zeit der Verübung der durch Urtheil v. 8. März 1835 abgewandelten Entwendungen noch nicht 14 Jahre alt, nach §. 80 des damals gültigen Strafediktes also gerichtlich nicht strafbar war und dieser Fall sich bei Bestimmung der Qualifikation der späteren Diebstähle zur Berücksichtigung nicht eignet.

Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 42. Mannheim, 13. Oktober 1855.

I.

Von dem Rückfall in den Diebstahl.

(St.G.B. §. 381 und 384.)

Wer sich eines gefährlichen Diebstahls schuldig macht, nachdem er schon wegen Rückfalls in den Diebstahl oder wegen dritten Diebstahls bestraft worden war, ist eines gefährlichen Diebstahls, und zugleich des zweiten (dritten u. s. w.) Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls, nicht aber zugleich des dritten Diebstahls oder des Rückfalls in dieses Verbrechen für schuldig zu erklären.

So wurde erkannt J. A.S. gegen Neßle von Durlach und Trapp von Unzhurst, wegen gefährlichen Diebstahls, während früher beinahe konstant, wenn nicht durchweg, die Uebung festgehalten worden war, daß der gefährliche Diebstahl zugleich als ein dritter Diebstahl oder als ein Rückfall in dieses Verbrechen zu bezeichnen sei. —

Diese Aenderung der früheren Uebung, welche sicherlich nicht eine blose Aenderung der Benennung ist, sondern in die Ausmessung der Strafe selbst eingreift, wird einige Bemerkungen darüber wohl rechtfertigen.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Wortlaut des §. 384 St.G.B.

„Wer sich eines gemeinen Diebstahls schuldig macht, nachdem er bereits wegen Diebstahls und wegen Rückfalls in eben dieses Verbrechen verurtheilt worden ist — — wird wegen dritten gemeinen Diebstahls bestraft," für diese neue Uebung spricht. Damit stimmt auch der Commissionsbericht überein, welchen der Abgeordnete Eichrodt an die erste Kammer erstattete. Dieser unterscheidet: a) die gefährlichen Diebstähle, welche von einem Diebe verübt werden, der schon einmal wegen Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls verurtheilt worden ist, fallen unter die allgemeinen Regeln des Tit. VII. (hingesehen auf die Strafandrohungen des §. 881 ff. in Verbindung mit der Vorschrift des §. 188.)" b) „dagegen unterliegen alle gemeinen Diebstähle den Bestimmungen des §. 384." Von den ersteren wird weiter gesagt: „wenn diese neueste That (der wiederholte Rückfall) ein gefährlicher Diebstahl ist, so wird der Dieb wegen dritten Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls überhaupt mit Anwendung der Vorschrift des §. 188 bestraft, weil die allgemeine Vorschrift über den Rückfall in Verbindung mit den §§ 381 u. ff. hinreichen, um eine der That angemessene Strafe zu finden." Das Strafedikt §. 77 kannte eine so feine Unterscheidung nicht, und ebensowenig das gemeine Recht in seiner Fortbildung des Art. 162 der C.C.C., und es scheint mir, daß eine solche Unterscheidung, dem Grunde und Zwecke der Strafbestimmungen über den dritten Diebstahl ebensowenig angemessen ist, als der von Eichrodt in seinem Commissionsberichte angeführte Grund, daß man im Hinblick auf die Strafbestimmungen über den Rückfall und den gefährlichen Diebstahl eine Strafe finden könne, welcher der Verschuldung eines solchen Verbrechers, der sich eines gefährlichen Diebstahls und zugleich eines wiederholten Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls schuldig gemacht habe, angemessen sei. Es ist darüber kein Zweifel und Eichrodt sagt dieß in seinem Berichte selbst, daß der gesetzliche Grund der schärferen Bestrafung des dritten Diebstahls darin liege, daß derjenige, welcher das Verbrechen des Diebstahls zum dritten Male begeht, nicht nur einen sehr starken Hang, sondern eine besonders gefährliche Willensrichtung kund gibt. Es ist aber offenbar bei jeder Gattung von Verbrechen der Fall, daß wiederholte Rückfälle einen besonders starken Hang des Thäters zu diesem Verbrechen und je nach dem Gegenstand

des Verbrechens auch eine für diesen Gegenstand besonders gefährliche Willensrichtung bethätigen. Es ist daher die Gattung des gegen das so vielfach bedrohte Eigenthum gerichteten Verbrechens, vor welcher man durch eine besonders strenge Strafe den im Stehlen Rückfälligen warnen, und dadurch die bürgerliche Gesellschaft schützen wollte. Der weite Strafrahmen, welcher dem Richter bei der Ausmessung der Diebstahlsstrafen zur Seite steht, und die Bestimmungen über die Rückfallsstrafen schienen nicht ausreichend, und deßhalb hat man die strengere Strafe für den wiederholten Rückfall, den dritten Diebstahl, geschaffen. Es ist nun kein Grund vorhanden, warum der gefährliche Dieb, welcher wiederholt rückfällig ist, von dieser strengeren Strafe nicht getroffen werden, warum man sich bei ihm mit der Rückfallsstrafe begnügen sollte, allein darum, weil er auch von der Strafe des gefährlichen Diebstahls betroffen wird, gerade, wie wenn derjenige, welcher einen dritten Diebstahl unter einer der Erschwerungen des §. 385 begangen hat, die Strafe des dritten Diebstahls nicht, und nur die des wiederholten Rückfalls erleiden sollte, weil er schon wegen der Erschwerung eine höhere Strafe erleidet, während doch diese höhere Strafe weiter nichts ist, als das einer höheren Verschuldung entsprechende höhere Strafmaß, eine Strafe, die unter Umständen die Größe und Schwere gar nicht erreichen kann, welche auf den dritten Diebstahl gesetzt ist. So will das Gesetz in §. 381, daß gefährliche Diebstähle in leichteren Fällen nur mit Arbeitshaus bestraft werden, und ein gefährlicher Diebstahl, dessen Betrag 25 fl. um einige Kreuzer übersteigt, wird dadurch noch nicht zu einem schweren Falle. Der §. 384 gebietet aber, daß der dritte gemeine Diebstahl, sobald er die Summe von 25 fl. übersteigt, nicht mehr von Arbeitshaus, sondern nur von Zuchthausstrafe getroffen werde. Der von Eichrodt angegebene Grund ist daher offenbar unrichtig und mit dem Grunde des Gesetzgebers für die höhere Strafe des dritten Diebstahls selbst im Widerspruch.

Die Charakterisirung des wiederholten, in gefährlicher Weise verübten Rückfalls in den Diebstahl nach dem Wortlaute führt indessen noch zu andern Bedenken. Wie? wenn Jemand einen gefährlichen Diebstahl begeht, und sodann wiederholt rückfällig wird; oder, wenn Jemand einen gemeinen, sodann einen gefährlichen, und zuletzt wieder einen gemeinen Diebstahl begeht, ist er des dritten Diebstahls oder des wiederholten Rückfalls schuldig? Wenn der gefährliche Diebstahl nicht fähig ist, einen wiederholten Rückfall zum dritten Diebstahl zu machen, so wird er wohl auch nicht zur Grundlage eines den dritten Diebstahl bedingenden Rückfalls dienen können; denn der §. 384 sagt — — „so wird er wegen dritten gemeinen Diebstahls bestraft." Wir kämen daher dahin, daß möglicher Weise, trotz des großen Strafrahmens, und trotz der großen Bestimmungen über die Rückfallsstrafen Jemand wegen wiederholten Rückfalls geringer bestraft würde, weil der erste Diebstahl ein gefährlicher war, als wenn er drei gemeine Diebstähle begangen hätte. Hiezu kommt aber, daß ja in jedem gefährlichen Diebstahl ein gemeiner Diebstahl *) enthalten ist, und er nicht wie Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, ein gleichartiges Vergeben mit dem gemeinen Diebstahl (§. 183 Z. 1 St.G.B.), sondern vielmehr nur eine erhöhte qualificirte Gattung desselben bildet. Insofern liegt daher auch kein Widerspruch darin, daß ein gefährlicher Diebstahl, der zugleich einen wiederholten Rückfall in den Diebstahl bildet, als dritter Diebstahl charakterisirt und als solcher bestraft wird.

Ottendorf.

II.

1) Der Gläubigerausschuß an der Stelle des Gantanwalts. (§. 904 der Pr.O.)

2) Widerspruch des einzelnen Gläubigers bei vorliegendem Geständniß des Gantanwalts. (§. 832. 836 der Pr.O.)

Das adelige Damenstift zu Pforzheim hatte in der Bär'schen Gant Pachtzins gefordert und Vorzugsrecht auf den Ertrag der Erndte des Pachtguts auf Grund des L.R.S. 2102 Z. 1 angesprochen; Herr Maier eine Kaufschillingsforderung für Kleesamen angemeldet und auf den Grund des nemlichen L.R.S. Vorzugsrecht auf den Ertrag des daraus erzielten Kleeheus begehrt. Das Damenstift hatte die Richtigkeit der Forderung nicht widersprochen, wohl aber das Vorzugsrecht im Allgemeinen,

*) Man vergleiche oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. XIII. S. 365. Im Aufsatz: Rückfall in den Diebstahl. „II. Der dritte Diebstahl ist kein besonderes Verbrechen mehr" von Brunner.

D. E.

daher auch seine thatsächliche Begründung, welche in der Behauptung der Aussaat des Samens auf das Pachtgut bestand, widersprochen, während der Gläubigerausschuß die Aussaat des Samens zugestanden hatte. Der Cridar war hierüber nicht vernommen worden. Der Unterrichter sah die dem Vorzugsrechte des Herz Maier zu Grunde liegenden Thatsachen als erwiesen an und setzte denselben dem adelichen Damenstift vor.

Gegen dieses Urtheil führte dasselbe die Berufung aus. Das Hofgericht des Unterrheinkreises legte mit Verfügung vom 10 November d. J. dem Herz Maier den Beweis auf: „daß aus dem im Jahre 1852 von ihm an Bär verkauften Kleesamen das in der Gantmasse befindliche Kleeheu erzielt worden sei,“ und fügte dieser Verfügung folgende Gründe bei:

„Der Gläubigerausschuß, welchem die Gläubiger die Entscheidung über die Ernennung eines Gantanwalts überlassen hatten, ist in Ermanglung eines solchen lediglich an dessen Stelle getreten. Es müssen daher auch die Bestimmungen, welche den Gantanwalt betreffen, auf die hier einschlägigen Funktionen des Gläubigerausschusses angewendet werden. §. 904 der Pr.O., oberhofg. Jahrb. VI. Jahrg. S. 144.

Wenn nun §. 825 der Pr.O. verlangt, daß mit der Anmeldung der Forderung zugleich die Begründung des Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes verbunden werde, und §. 829 der Pr.O. dem Gantschuldner und Gantanwalt die Auflage macht, sich auf jede Anmeldung, wie der Beklagte auf die Klage, vernehmen zu lassen, so ist bei dem Mangel einer Unterscheidung zwischen Liquidations- und Prioritätsverfahren die Aufgabe des Gantanwalts dahin auszulegen, daß er sich sowohl über die Richtigkeit und den Betrag der Forderung, als auch über das für sie in Anspruch genommene Rangverhältniß zu erklären habe.

v. Weiler, Motive zum Entwurfe der Pr.O. zu §. 861 und ff. S. 75.

Damit ist jedoch dem einzelnen Gläubiger unbenommen, in so fern er ein Interesse hat, Einreden gegen die Ansprüche in der Hauptsache sowohl, als gegen die angesprochenen Vorzugs- und Unterpfandsrechte selbst in den Fällen vorzutragen, wo der Anspruch in beiden Beziehungen von dem Gantschuldner und Gantanwalt eingeräumt wurde. (§. 832 und ff. der Pr.O.)

Sind nun unter „Einreden“ Einreden im eigentlichen Sinne und nicht auch bloße negative Einlassungen beziehungsweise Widersprüche gegen die thatsächlichen Begründungen der Forderung und des Vorzugs- und Unterpfandsrechtes zu verstehen, so wird man im §. 836 der Pr.O. den Fall als vorgesehen erblicken müssen, wo der einzelne Gläubiger im Gegensatz zu dem zugestehenden Gantanwalt, die thatsächliche Begründung widerspricht. Man würde daher im vorliegenden Fall von dem appellantischen Theil die Behauptung verlangen, daß das Geständniß des Gantanwalts oder Gläubigerausschusses auf Irrthum oder Unwahrheit beruhen und von ihm den Beweis fordern, welchen in entgegengesetzter Weise sonst der Appellat zu führen hätte, nemlich den Beweis, daß der Kleesamen nicht auf das Pachtgut gesät worden sei. Anders würde sich wohl die Sache verhalten, wenn unter „Einreden“ im §. 832 und ff. nicht sowohl eigentliche Einreden als Widersprüche jedweder Art verstanden würden. Denn dann würde §. 836 der Pr.O. nicht den Gegensatz des Zugeständnisses des Gantanwalts zu der in §. 832 der Pr.O. unterstellten Unterlassung von eigentlichen Einreden bilden, daher als von dem besondern Falle handelnd anzusehen sein, wo der das Geständniß des Gantanwalts anfechtende Gläubiger in der Liquidationstagfahrt oder der zur Verhandlung besonders gesetzten Tagfahrt (§. 829 der Pr.O.) nicht widersprochen hat, mithin keine andere Erklärung, als das Geständniß des Gantanwalts vorliegt, das alsdann nur auf die in §. 836 der Pr.O. vorgeschriebene Weise zu beseitigen ist. (Vergl. L.R.S. 1356 und §. 144 bis 150 d. Pr.O.) Daß jene Auslegung und folgeweise auch die soeben angeführte des §. 836 der Pr.O. die richtige ist, dafür spricht, daß der §. 835 der Pr.O. die in den §§. 832 — 834 der Pr.O. als Einreden bezeichneten Vertheidigungsmittel „Einwendungen“ nennt, darunter aber nach dem juristischen Sprachgebrauche Einreden im weiteren Sinne oder Widersprüche im Allgemeinen verstanden werden, daß ferner §. 835 der Pr.O. dem Gläubiger seine besondern Einwendungen gegen vorgelegte oder vorgeschlagene Beweismittel und das Rechtsmittel der Berufung gestattet, ohne einen Einfluß der übrigen Gläubiger, beziehungsweise des Gantanwalts zuzulassen, daher nicht einzusehen ist, warum demselben bei der Einlassung ein den einzelnen Gläubiger so sehr benachtheiligender und ihm die Beweislast des Gegentheils aufbürdender Einfluß eingeräumt werden sollte.

Es wäre dies insbesondere bei der Frage der Priorität mit der Stellung des Gantanwalts, beziehungsweise

Gläubigerausschusses nicht zu vereinbaren, da jener nur das Gesammtinteresse der Gläubiger und des Gantschuldners vertritt,

arg. §. 884 der Pr.O.

v. Weiler, Motive zu §. 861 und ff. §. 920—922 der Pr.O.

Bayer, Concoursprozeß §. 42 und 64.

Oberhofg. Jahrb. VI. Jahrg. S. 144.

es dem Gemeinschuldner aber ganz gleichgültig sein kann, in welcher Ordnung die einzelnen Gläubiger, nicht aber die gesammte Gläubigerschaft, interessirt *) sind.

Es hatte daher Appellat bei dem Widerspruche des appellantischen Theils die seinem Vorzugsrechte zu Grunde liegenden Thatsachen zu beweisen.

v. Hillern.

III.

Zur Auslegung des L.R.S. 2102 No. 1 Abs. 5.

Christian Wittwer hatte von dem Freiherrn v. R. eine Mühle nebst den dazu gehörigen Feldern bestanden. Der Pachtvertrag ging mit Lichtmeß 1854 zu Ende.

Unter dem 30. Januar 1854 erwirkte der Bestandgeber gegen W. ein rechtskräftig gewordenes Urtheil, nach welchem derselbe verurtheilt ward, 425 fl. 55 kr. Pachtrückstand an den Kläger binnen 3 Tagen zu zahlen. Die Execution blieb aber gegen den Beständer erfolglos, weil derselbe kurz vor Ablauf der Pachtzeit und nachdem er schon durch den betreffenden Bürgermeister zur Zahlung aufgefordert worden war, in der Nacht vom 12/13. Januar 1854 sein Fahrnißbesitzthum fortgeschafft, und namentlich 2 Pferde und einen Wagen zu seinem Schwager Michael Hettinger nach Merchingen verbracht hatte.

Der Bestandgeber erwirkte auf diese Gegenstände unter dem 16. Januar 1854 einen Sicherheitsarrest, dessen Fortbestand unter dem 30. Jan. desselben Jahrs verfügt ward. Im Mai 1854 erlangte der Gläubiger den Gerichtszugriff auf die in Frage stehenden, bereits mit Arrest bestrickten Fahrnisse seines Schuldners. Bei dem Vollzuge der deßfallsigen Vollstreckung erklärte aber Hettinger, daß er das Eigenthum des Wittwer an den Pferden und dem Wagen nicht anerkenne, indem er solche von Wittwer gekauft und seiner Zeit bezahlt habe. —

Unter dem 6. Oktober 1854 trat nun Freiherr v. R. klagend gegen Hettinger auf, und begehrte, den Beklagten entweder schlechthin, oder unter Annulirung des über diese Fahrnisse abgeschlossenen fraudulösen Kaufvertrags für schuldig zu erklären, die mit Arrest belegten, in Frage stehenden Fahrnisse behufs der Befriedigung des klagenden Theils im Vollstreckungswege an den Gerichtsvollzieher verabfolgen, beziehungsweise herauszugeben.

In einem durch eine Vorverfügung des Unterrichters veranlaßten Klagnachtrage wurde noch näher hervorgehoben, daß sich die Klage auf ein 3faches Fundament stütze, 1) würde die Herausgabe, beziehungsweise Verabfolgung der fraglichen, zur Einrichtung der Pachtmühle gehörigen Fahrnisse auf den Grund des L.R.S. 2102 No 1 verlangt; 2) seien die fraglichen Fahrnisse von Wittwer nur, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger, und namentlich des Klägers, zu entziehen, aus dem Pachtgute weggeschafft, und dem Beklagten übergeben worden, welche Uebergabe ohne Zweifel nur eine hinterlegungsweise geschehene gewesen sei; wie der damalige Beklagte die nur zur Aufbewahrung erhaltenen Gegenstände nach L.R.S. 1932 an Wittwer zurückgeben mußte, so könne deren Rückgabe auf Grund des L.R.S. 1166 nun der Kläger zum Zweck seiner Befriedigung verlangen und verlange sie. 3) Daß der angebliche Kauf der Fahrnisse von Seiten des Hettinger nur eine Erdichtung und ein solches Rechtsgeschäft

---

*) So viel sich für diese Ansicht de lege ferenda anführen läßt, so zweifelhaft ist ihre Richtigkeit de lege lata. Schon Weiler sagt in seinen Motiven zu §. 861 und ff. 3. 7 S. 76: „In der Collision mit dem Gantanwalte oder Gantschuldner trifft sie (die widersprechenden Gläubiger) die Schuldigkeit, den Irrthum zu beweisen.“ Noch deutlicher spricht sich der Commissionsbericht von Bekk zu §. 868 des Entwurfes aus: (Prot. der 2. Kammer v. J. 1831 12. Beil.-Heft S. 66). „Wenn der Gemeinschuldner oder der Gantanwalt die Thatsachen, auf welche ein anmeldender Gläubiger seine Forderung baut, eingestanden hat und bei etwaigem Leugnen des Einen oder des Andern nach dem §. 866 dem Gestehenden der Vorzug gebührt, so kann es einzelnen Gläubigern nicht mehr zukommen, jenen Thatsachen, die durch solche Geständnisse als wahr gelten, blos zu widersprechen. Dagegen bleibt ihnen noch überlassen, gegen diese als wahr angenommenen Thatsachen nach dem §. 872 den direkten Gegenbeweis zu führen und hier im §. 868 ist ihnen gestattet, eigentliche Einreden dagegen vorzutragen, durch welche die Ansprüche die aus den vom Liquidanten vorgetragenen Thatsachen folgen würden, wieder aufgehoben wären.“ Bei der Discussion des Entwurfs (Prot. der 2. Kammer 30. Heft S. 167) wurde über die §§. 868 bis 872 nichts bemerkt.

D. G.

in Wahrheit niemals abgeschlossen worden sei; weßhalb der klagende Theil auch mit der actio de dolo die Herausgabe der Gegenstände verlangen könne, in deren Besitz der Beklagte sich auf fraudulöse Weise gesetzt habe und deren Eigenthümer Wittwer noch immer sei. —

Der Unterrichter sprach sich dahin aus:

Die Klage ist, insoweit darin auf den Grund des L.R.S. 2102 No. 1 die Rückgabe oder Herausgabe der Pferde und des Wagens verlangt wird, rechtlich nicht begründet, weil das in dieser Gesetzesstelle dem Pachtherrn eingeräumte Privilegium nur unter der Voraussetzung wirksam wird, daß er in der Frist von 40 Tagen von Wegbringung der Mobilien an gerechnet, auf welche sich sein Vorzugsrecht erstreckt, sie vindicirt, oder doch binnen der bemerkten Frist von seiner Kenntnißnahme der Wegbringung an, insofern der dritte Erwerber dabei in bösem Glauben versirte, sie wieder an sich zieht (pourvu q'uil ait fait la revendication.) Boileux Code civil III. Band S. 630 und diese Ausnahme von der Grundregel des L.R.S. 2279 strictissimae interpretationis ist. —

Auf gleiche Weise verhält es sich mit der Klagbegründung, insoweit sie sich als actio de dolo darstellt. Wenn auch in Band XX. S. 37 der oberhofger. Jahrb. eine Unterscheidung zwischen Verträgen, die zum Abbruch der Rechte von Gläubigern, und solchen, die nur zum Schein abgeschlossen werden, also in Wirklichkeit gar nicht existiren, aufgestellt worden, und letztere durch eine actio de dolo, welche nicht den mannigfachen Beschränkungen des paulianischen Rechtsmittels unterliege, anfechtbar sein sollen, so ist doch wohl mit überzeugenden Gründen im Magazin für Rechtspflege Bd. I. S. 369—392 dargethan, daß eine solche Unterscheidung in dem positiven Boden unseres Civilrechts keine Wurzeln hat und darnach eine besondere actio de dolo nicht existirt.

Der Unterrichter, demnach annehmend, daß für die Klage nur die actio pauliana als rechtliche Basis übrig bleibe, erkannte auf die Leistung der dem Beklagten über die behauptete Gefährde und den behaupteten Scheinkauf deferirten und angenommenen Haupteide und sprach aus, daß der Beklagte nur im Falle der Verweigerung des einen oder anderen Eides die fraglichen Fahrnisse behufs ihrer Versteigerung im Vollstreckungswege herauszugeben habe.

Der III. Senat des unterrheinischen Hofgerichts erkannte aber unter dem 22. September d. J. den Beklagten unbedingt für schuldig, die gedachten Fahrnisse behufs der Befriedigung des Klägers im Vollstreckungswege an den Gerichtsvollzieher zu verabfolgen, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Unterrichter hat zwar angenommen, daß das Vorzugsrecht des L.R.S 2102 Ziff. 1 nur wirksam sei, wenn der Verpächter in der gesetzlichen Frist von 40 Tagen die weggeschafften Mobilien vindicire (an sich ziehe); allein schon durch die Beschlagnahme der Fahrnisse innerhalb dieser Frist, wie hier der Fall ist, wird dieses Vorzugsrecht gewahrt. Denn es ergibt sich aus L.R.S. 2102 Ziff. 1, daß der am Schlusse enthaltene Ausdruck „an sich zieht" (fait la revendication) gleichbedeutend mit dem kurz zuvor erwähnten „in Beschlag nehmen" (saissir les meubles) gebracht wird, und daß daher dieses „an sich ziehen" nicht als ein weiteres Erforderniß erscheint; und ebenso kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Frist von 40 Tagen von der Zeit der Wegschaffung der Mobilien läuft.

Troplong des privilég. et hypoth. 1844 I. 161.
Brauer IV. S. 141.

Mehr als die Beschlagnahme konnte auch der Gesetzgeber nicht wohl verlangen; denn, wenn nach der mit Rücksicht auf L.R.S. 1752 gewiß richtigeren Ansicht der Verpächter sein Vorzugsrecht nur dann auf die weggeschafften Gegenstände geltend machen kann, wenn die noch vorhandenen zu seiner Befriedigung nicht hinreichen (Troplong loco laud I No. 164 und Zachariä 5. Auflage §. 261 N. 13), so würde, wenn die Beschlagnahme allein das Vorzugsrecht nicht wahren könnte, der Verpächter häufig in Fällen, wo die Wegschaffung vor Ausklagung des Pächters und bevor sich also gezeigt hat, ob er mit den vorhandenen Gegenständen den Verpächter befriedigen kann, erfolgt ist, sein Vorzugsrecht unverschuldet verlieren müssen.

Ebensowenig kann aber ein Kauf dieser Gegenstände vom Pächter, den Beklagten von der Verbindlichkeit zur Herausgabe derselben befreien, denn auch die Wegschaffung von eingebrachten Fahrnissen durch Verkauf ohne Bewilligung des Bestandgebers fällt unter die Vorschrift des angeführten Gesetzes, der Nachweis einer Gefährde ist nicht erforderlich und es ist ganz gleichgültig, ob diese Fahrnisse Eigenthum des Pächters oder eines Dritten sind, sofern Letzteres dem Verpächter nicht bekannt war, was aber hier nicht behauptet ist. Zachariä l. c. Troplong l. c. S. 178.

Da aber schon hiernach eine Verurtheilung des Be-

klagten nach dem Klagantrage erfolgen muß, so kann es auf die weiteren Begründungen der Klage nicht ankommen. —

Wilckens.

IV.

Haftbarkeit der Gerichtsboten für die Richtigkeit der von ihnen zu bewirkenden Zustellungen.

(Pr.O. §. 248.)

Die in No. 1 der Annalen von diesem Jahre mitgetheilte hofgerichtliche Entscheidung J. S. des Zimmermeisters Sch. gegen Freiherrn N. von A. gab Veranlassung zu einem weiteren Rechtsstreit gegen den Gerichtsboten Amtsdiener B.

Der letztere wurde nemlich von Zimmermeister Sch. auf Zahlung der 188 fl. nebst Verzugszins, welche dieser früher gegen Freiherrn von A. eingeklagt hatte, sowie auf Ersatz der Prozeßkosten gerichtlich belangt, die Sch. in dem früheren Rechtsstreite als unterliegender Theil hatte zahlen müssen. Zimmermeister Sch. begründete seine Klage damit: Gerichtsbote B. habe die zur Zustellung erhaltenen Ausfertigungen der vom Oberamte H. früher zu Gunsten des Klägers Forderung gegen Conservator L. erlassenen Beschlagverfügung auf des letzteren Guthaben bei Freiherrn von A., weder diesem, noch in dessen Wohnung behändigt, sondern vielmehr dessen Rentbeamten H; zur Zeit der Zustellung an den letzteren habe Freiherr von A. an Conservator L. einen Kaufschilling von 188 fl. geschuldet; obschon aber Zimmermeister Sch. die Zahlungszuweisung dieses Guthabens seines Schuldners erlangt habe, so sei er doch mit seiner Klage gegen Freiherr von A. in zweiter Instanz und zwar nur deßhalb abgewiesen worden, weil die Zustellung der Beschlagsverfügung des Oberamts H. vom Gerichtsboten B. nicht rechtsgenügend geschehen sei, indem der Rentbeamte H. weder zu dem Gesinde des Freiherrn von A. noch zu dessen Familie gehöre; weßhalb der Beklagte schuldig sei, den durch sein Versehen oder seine Nachlässigkeit dem Kläger zugegangenen, oben angegebenen Schaden zu ersetzen.

Der Unterrichter wies die Klage als nicht stattfindend ab, indem er davon ausging, daß es zur Klagbegründung gehört haben würde, daß zur Zeit der in Frage stehenden Zustellung entweder Freiherr von A. selbst, oder doch erwachsene, zu seiner Familie oder seinem Gesinde gehörige Personen in seiner Wohnung wirklich anwesend gewesen; daß, abgesehen hiervon, der Rentbeamte H. ein Bediensteter des Freiherrn von A. sei, und daß, wenn man im Hinblick auf L.R.S. 1150 a die Ausbildung eines Gerichtsboten und Amtsdieners in Betracht ziehe, in des Beklagten Annahme, es könne der Rentbeamte eines Adeligen gerichtliche Zustellungen gültig für denselben in Empfang nehmen, sich um so weniger ein Versehen erkennen lasse, für dessen Folgen derselbe civilrechtlich hafte, als für den Beklagten die Ueberzeugung nahe gelegen sei, daß der Rentbeamte H. der zuverlässigste Dienstmann seines Dienstherrn sei. In jener Annahme hätte der Beklagte noch dadurch bestärkt werden müssen, daß der Rentbeamte H. die Zustellung angenommen und nicht sofort zurückgewiesen habe — ein Umstand, der übrigens eben so wie die Zustellung an den Rentbeamten H. überhaupt eine Vermuthung dafür enthielte, daß zur Zeit der Zustellung weder Freiherr von A. noch Leute seiner Familie oder seines Gesindes in seiner Wohnung anwesend gewesen. Ueberdieß sei gerichtskundigermaßen der Rentbeamte H. von Freiherrn v. A. mit Generalvollmacht versehen; in der Regel seien daher die Zustellungen für Freiherrn v. A. durch den Beklagten an den Rentbeamten H. zu machen und würden gemacht, und dem Fassungsvermögen eines Gerichtsboten liege der Unterschied zwischen persönlichen Angelegenheiten des Freiherrn v. A. und seinen Angelegenheiten als Grundherrn ferne, wenn ein solcher je aus fraglicher Generalvollmacht sich ergeben sollte. —

Das amtliche Urtheil wurde vom III. Civ.-Sen. des unterrheinischen Hofgerichts unter dem 1. September v. J. bestätigt.

Die Gründe dazu sind: Die Klage ist zwar im Allgemeinen insofern begründet, als ein Gerichtsbote, welcher durch eine ihm obliegende Diensthandlung einen Andern beschädigt, diesem den zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig ist, die That mag entweder aus Gefährde oder auch nur aus Nachlässigkeit oder Unverständigkeit entstanden sein. L.R.S. 1382. 1383. Im einzelnen Fall aber ist die angeblich beschädigende Handlung eines Gerichtsboten einer Prüfung in der Richtung zu unterwerfen, ob dieselbe einmal eine ungesetzliche und zum an-

dern, ob sie dem Gerichtsboten zur Gefährde, Nachlässigkeit oder Unverständigkeit zuzurechnen sei, ob nämlich die fragliche Handlung als eine unrechte That — Vergehen — oder als ein Versehen mit den in den L.R.S. 1382. 1383 bestimmten rechtlichen Wirkungen zu erachten ist.

In dem vorliegenden Falle nun wird die Entschädigungsklage nicht auf eine Gefährde, unrechte That, sondern lediglich darauf gegründet, daß der Beklagte dadurch, daß er die fragliche Beschlagsverfügung dem Rentbeamten H. zugestellt, ein Versehen oder eine Nachlässigkeit begangen habe, wodurch der Kläger beschädigt worden sei.

In dieser Handlung des Beklagten, in seiner Eigenschaft als Gerichtsboten kann aber ein Versehen oder eine Nachlässigkeit im Sinne des L.R.S. 1383 nicht erblickt werden.

Die Frage nämlich, ob Rentamtmann H. zu den im §. 248 der Pr.O. bezeichneten Dienstleuten des Freiherrn von A. zu rechnen sei oder nicht, ist eine bestrittene. Denn das Amt hat diese Frage nicht nur in der Sache des Klägers gegen Freiherrn von A. sondern auch in der gegenwärtigen Klage bejaht und die an Rentamtmann H. geschehene Zustellung der für jenen bestimmten Beschlagsverfügung auch als denselben bindend erachtet; wogegen der diesseitige Gerichtshof in seinem Urtheile vom 9. Dezember 1854 diese Frage verneinte, und die fragliche Zustellung als ungesetzlich geschehen erklärte.

Wenn nun der Beklagte hierbei der Rechtsansicht des Amts folgte, so kann demselben, im Hinblick auf die hofgerichtliche Entscheidung nur der Vorwurf gemacht werden, daß er die Bestimmung des §. 248 der Pr.O. und der §§. 24. 25 seiner Dienstinstruktion unrichtig auf den Rentamtmann angewendet habe; allein ein Versehen oder eine Nachlässigkeit mit den rechtlichen Wirkungen des L.R.S. 1383 kann ihm hierbei überall nicht zur Last gelegt werden. Abgesehen davon ist in der Klage nicht einmal behauptet, daß der Kläger seine Befriedigung weder von Conservator L., noch von Freiherrn v. A. bei der nachträglich erfolgten ordnungsmäßigen Zustellung der Beschlagsverfügung an denselben, erhalten könne.

Wilckens.

V.

Kurzgefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

In bürgerlichen Rechtssachen.

1.

Die Verjährung aus L.R.S. 2271 (der Klage der Hauswirthe und Kostgeber auf Zahlung der gereichten Kost und Wohnung) ist dann nicht anwendbar, wenn Jemand — wie dies unter Verwandten so häufig vorkommt — in Kost und Wohnung aufgenommen, und dafür nur die Zahlung der durch diese Verpflegung nothwendig gewordenen Auslagen des Verpflegers, als Ersatz seiner Mehrausgabe für diese Bedürfnisse begehrt wird.

J. S. Dummel gegen Lechleitner.

2.

Proz.Ord. §. 694. 696.

Eine Exekutivklage muß auch alsdann als unstatthaft verworfen und die Verhandlung in der geeigneten Prozeßart eingeleitet werden, weil die vorgelegten Urkunden sich nicht über alle der Klage zum Grunde liegenden und die Ansprüche in jeder erheblichen Beziehung bestimmt bezeichnenden Urkunden verbreiten, wenn der Unterrichter anstatt die Klage nach §. 696 angebrachter Maaßen zu verwerfen, unrichtiger Weise Ladung erkannt, und der Beklagte in der zur Verhandlung anberaumten Tagfahrt die durch die Urkunden nicht bewiesenen Thatsachen nach anfänglichem Längnen zugestanden hat.

J. S. Steiner gegen Lepp.

3.

Wie lange währt die Frist des §. 1040 Proz.Ord.

Nicht die Verfügung des Richters ist es, welche über die Rechtzeitigkeit einer Einsprache entscheidet, sondern die Einreichung derselben bei dem Gerichte. Denn §. 1040 der Pr.Ord. gewährt das Recht zur Einsprache bis zur Beendigung der Vollstreckung; es kann daher nicht in die Hand des Richters gelegt sein, durch Nachlässigkeit oder bösen Willen auf die rechtzeitig eingekommene Einsprache nach Beendigung der Vollstreckung zu verfügen, und dadurch dem Dritten das Recht zur Einsprache zu entziehen.

J. S. Nägele und Schlotter gegen Nolding, hier Einsprache des Bilger.

4.

Pr.Ord. §. 1127. Ziff. 1. 1185. 1198.
Annalen XXII. No. 27. S. 216.

Wenn der Betrag des Streitgegenstandes im ersten Rechtszuge die Summe der ordentlichen Berufung erreicht, die Beschwerde des Appellanten aber nur einen Theil des Streitgegenstandes betrifft, welcher nach §. 1185. Ziff. 3, in Verbindung mit §. 642. Ziff. 1 der Pr.Ord. seiner Größe nach die Sache zur abgekürzten Appellation vereigenschaftet, so sind die Berufungsverhandlungen nach §. 1185. 1186 ff. vor dem Unterrichter zu pflegen.

J. S. Glück gegen Lutz.

5.

Proz.Ord. §. 917.

Wenn der requirirte Richter Erinnerungen Dritter gegen die angeordneten Vollstreckungshandlungen nicht selbst erledigt, sondern sie dem requirirenden Richter zur Entscheidung vorlegt, und dieser auch darüber erkennt, alsdann ist die Einsprache gegen die Vollstreckung nicht bei dem requirirten Richter zu erheben, sondern bei dem requirirenden, und dieser hat allein darüber die Verhandlungen zu pflegen. „Denn dieser ist allein zuständig über „die von ihm gegebene Anordnung eine weitere Entschlie„ßung zu treffen, und konnte der Einsprachekläger durch „die erhobene Einsprache bei ihm keine Aenderung der „getroffenen Anordnung erwirken, so konnte er dies um „so weniger bei dem requirirten Richter. Er mußte durch „Ergreifung von Rechtsmitteln eine Abänderung des er„gangenen Bescheides hervorzurufen suchen.“

J. S. Drißler gegen Drißler, hier Einsprache der Murgschifferschaft Gernsbach.

6.

Kostenersatz in Ehescheidungsstreiten.
Eheordnung §. 59. 64. Justizministerialverfügung vom 23. Mai 1812, Regierungsblatt No. 17. L.R.S. 253.
Proz.Ord. §. 169.

Wenn in einem Ehescheidungsprozesse der obsiegende Theil während des Laufes des Ehescheidungsprozesses einen rechtsgelehrten Anwalt als Rechtsbeistand aufstellt, so steht es ihm nicht zu, auf den Grund des obsiegenden Urtheils, wenn es auch den unterliegenden Theil in die Kosten verfällt, von demselben den Ersatz der Kosten, welche durch die Aufstellung des Rechtsbeistandes entstanden waren, zu begehren. Dieses Begehren ist „als unstatthaft“ zu verwerfen, weil in Ehescheidungssachen das polizeiliche Untersuchungsverfahren nach Art des Beschuldigungsprozesses gesetzlich verordnet ist, und ein Zuzug von Rechtsanwälten als solchen gesetzlich nicht stattfinden darf.“

J. S. Maier gegen Maier.

7.

Der L.R.S. 1908 stellt eine presumtio juris et de jure auf. Dies ergibt sich aus den Schlußworten: „und bewirkt Entledigung.“

J. S. Gengenbach gegen Walter u. Schremp.

Ebenso entschieden vom Cassationshof im Jahr 1842 (Sirey 1842 I. S. 329.), Gleicher Ansicht Delaporte, Pand. fr. über Art. 1908 und Troplong No. 414 (siehe auch Hohenhorst, Jahrbücher III. S. 179 und den zur Begründung dieser Ansicht angerufenen L.R.S. 1352a), während Toullier t. X. No. 31 ff., No. 54, Duranton t. XIII. No. 431 und t. XVII. No. 606. Favard unter Prét. sect. 2. §. 2. No. 4, Duvergier No. 260 den Gegenbeweis zulassen. — Zachariä hat an zwei Stellen seines Civilrechts sich widersprechende Ansichten aufgestellt. Bd. II. S. 479 Note 2 und Bd. IV. S. 470. (Vierte Auflage.) a. ... 1856 S. 367

In Strafsachen.

1.

Die Erschwerung des §. 385 Ziff. 6 ist dann nicht anzunehmen, wenn Jemand aufgeklaftertes Holz im Walde länger sitzen läßt, als der Termin läuft, welchen die Forstbehörde zur Abfuhr des Holzes aus dem Walde bestimmt hat.

J. U.S. gegen Anton und Valentin Fritz von Unterventersbach.

2.

Strafgesetzbuch §. 376. 104. 106.

Ein Diebstahl ist nicht blos versucht, sondern vollendet, wenn der Dieb, welcher behufs der Entwendung auf einen Speicher eingestiegen ist, einen Sack mit Frucht angefüllt und diesen auf die Gallerie getragen hat, darauf zurückgekehrt ist, um andere Gegenstände zu holen, um diese gleichzeitig mit dem Sacke Frucht die Leiter herabzubringen, an der Ausübung dieses Vorhabens aber durch die herbeigekommenen Hausbewohner verhindert worden ist

Entscheidung der Geschworenen J. U.S. gegen Fritsch wegen gefährlichen Diebstahls.

Vergl. Annalen dieses Jahrg. No. 25 S. 198.

Ottendorff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 43.** Mannheim, 20. Oktober 1855.

I.

Anfechtung eines Erbschaftsabtretungsvertrags durch einen Gläubiger gemäß L.R.S. 1167 (Actio Pauliana), sowie auch gemäß L.R.S. 1166. (L.R.S. 788.)

Anwendbarkeit des L.R.S. 1167a in Fällen der Gefährde oder des Betrugs gegen Gläubiger.

Ein Rechtsfall.

Auf Anlaß der durch die hochverrätherischen Unternehmungen vom Jahr 1849 herbeigeführten zahlreichen Untersuchungen und Schadensersatzklagen ist die Anfechtung von Rechtsgeschäften Dritter mit der Behauptung, daß sie zum Abbruch der Rechte der Gläubiger abgeschlossen wurden, in den letztvergangenen Jahren bei unseren Gerichten besonders häufig vorgekommen, was wenigstens die wohlthätige Folge gehabt hat, daß manche in diesem Gebiete des Rechtes, nach französischem und insbesondere nach badischem Gesetze sich ergebenden mißlichen Streitfragen einer vielseitigen, gründlichen Beleuchtung unterzogen und unsere Richter und Anwälte mit der Behandlung einer zum wirksamen Schutze des Rechtes der Gläubiger sehr nothwendigen, keineswegs leichten Klage weit vertrauter wurden, als dieß früher der Fall war.

Auch jetzt noch scheinen derartige Anfechtungsklagen demzufolge häufiger, als sonst erhoben zu werden und es ist, so lange einzelne hieher gehörige Fragen noch sehr im Streite liegen, wünschenswerth, daß die Entscheidungen der Obergerichte in Betreff solcher Fragen kundbar werden. In dieser Hinsicht, sowie auch wegen der besonderen Gestaltung der zu Grunde liegenden Streitverhältnisse wird die Mittheilung einer jüngst ergangenen Entscheidung des Hofgerichts zu Mannheim in dem Rechtsfall Henninger gegen Thoma nicht ohne Interesse sein.

Der Fall wurde zum Nachtheil des Klägers entschieden. Zu näherer Kenntniß desselben, soweit sie hier erforderlich ist, genügen, mit Beifügung einiger Anmerkungen, die nun folgenden

Entscheidungsgründe
des hofgerichtlichen Urtheils.

Die vorliegende Klage des Johann Michael Henninger hat die Anfechtung eines Erbschaftsabtretungsvertrags vom 11. Februar 1854 zum Gegenstande. Dieser Vertrag, welcher am 14. Februar 1854 in das Schillingstadter Kauf- und Tauschbuch eingetragen wurde, wird vom Kläger als Gläubiger der Georg Staubitz'schen Eheleute, Eltern der Ehefrau des Beklagten, mit der Behauptung angefochten:

Die Eheleute Staubitz hätten im Jahr 1847 zur Ausstattung ihrer genannten Tochter zwei Darlehen von 214 fl. und 321 fl. verzinslich zu 5 pCt., von ihm, dem Kläger, erhalten. Nach Maßgabe des bezüglichen Ehevertrags vom Dezember 1847, wonach die Eltern der Tochter 1500 fl. schenkten und 200 fl. davon baar auslieferten, sei die Einrichtung und die Baarlieferung für die Tochter aus dem dargeliehenen Gelde bestritten worden. Die gerichtliche Betreibung des Klägers gegen die Darlehensempfänger habe wegen der (schon zur Zeit des Ehevertrags vorhandenen) Ueberschuldung des Staubitz'schen Vermögens im Jahr 1847 keinen Erfolg gehabt, so daß Kläger nicht zur Befriedigung habe kommen können.

Zur Stützung der Klage werden mehrere Gründe geltend gemacht:

1) Es wird behauptet, der fragliche Vertrag über Abtretung einer, der Staubitz'schen

Ehefrau früher anerfallenen, noch ungetheilten Erbschaft an die Tochter, und ebenso auch der Ehevertrag und die Zusage der Ehesteuer sei in der Absicht, dem Kläger den Zugriff auf dieses Vermögen unmöglich zu machen, von den Betheiligten, die alle die Sachlage wohl gekannt hätten, also zum Abbruch seiner Rechte geschlossen worden (L.R.S. 1167). Kläger habe aber erst um Pfingsten 1854 durch den Bürgermeister von jenem Vertrage Kenntniß erlangt (L.R.S. 1167a). Ferner wird geltend gemacht:

2) Es stelle die Klage eine Betrugsklage, die Actio de dolo, dar, sei daher auch der kurzen Klagfrist, beziehungsweise Verjährung, nicht unterworfen.

3) Auch sei die Ehefrau des Beklagten deßhalb schuldig, die klägerische Forderung zu tilgen, weil die Abtretung der Erbschaft von Seiten ihrer Mutter eine Uebergabe des damaligen gesammten Vermögens der Letztern enthalte, Erstere daher auch für die Schulden zu haften habe, da diese vor Allem am Vermögen abgingen. [1])

4) Endlich sei Kläger auch nach der allgemeinen Bestimmung des L.R.S. 1166 berechtigt, als Gläubiger alle Rechte seines Schuldners zu seiner Befriedigung geltend zu machen. Jener Vertrag sei nichts Anderes als ein Vermögensübergabsvertrag und als solcher wegen Mangels des gesetzlichen Alters der Uebergeber so wie wegen fehlender Genehmigung des Bezirksamtes ungültig oder so fern er wirksam sei, auch ein Verpflichtungsgrund für die Uebernehmerin die Schulden zu bezahlen.

Auf den Grund dieser Behauptungen wird von den Beklagten die Zahlung der Hälfte der angeführten Darlehensverträge sammt Zinsen, als Schuldantheil der Mutter gefordert.

Von Seiten der Beklagten wurde die Klage rechtlich und zum Theil auch thatsächlich bestritten, insbesondere aber auch der Ablauf der Frist des L.R.S. 1167a mit Bezug auf den Eintrag in das Grundbuch eingewendet.

[1]) Zur Unterstützung dieses Klaggrundes bezog sich der klägerische Anwalt im zweiten Rechtszuge auf oberhofg. Jahrbücher n. F. Jahrg. XIII. S. 43.

Der Unterrichter wies die Klage theils wegen Mangels der genügenden Begründung, theils wegen Ablaufs der obenerwähnten Frist, lediglich ab, wogegen nun Kläger die Berufung ausgeführt hat.

Bei der Prüfung der klägerischen Beschwerden fragt es sich zunächst, ob und in wie weit [2]) die Klage rechtlich begründet erscheint.

In dieser Beziehung kommt in Betracht:

Zu 1. Als Anfechtungsklage gemäß L.R.S. 1167 (Actio Pauliana) stellt sich die Klage unzweifelhaft als gesetzlich begründet dar. Es gehört hiezu eine Handlung zum Abbruch der Rechte des Gläubigers und die Absicht der Beeinträchtigung oder Gefährde (effectus et affectus fraudandi); diese Erfordernisse würden nach den klägerischen Behauptungen genügend vorhanden sein, wie auch der beklagte Theil selbst nicht verkannte.

Zu 2. Als eine besondere Betrugsklage (Actio de dolo) kann die Klage nicht angesehen werden. Abgesehen davon, daß das Gesetz in Bezug auf den blos civilrechtlichen Betrug gegen Gläubiger, so fern er nicht in das Gebiet des strafgerichtlich zu verfolgenden Betruges übertritt, überhaupt keine Unterscheidung macht und Betrug (Dolus) und Gefährde als gleichbedeutend nimmt, wie auch in dem Verdeutschungsregister zum Landrecht ausdrücklich bemerkt ist, so würde es im vorliegenden Fall selbst an denjenigen Voraussetzungen gänzlich fehlen, wodurch das Vorhandensein eines civilrechtlichen Betruges (Dolus) im engern Sinne irgend begründet werden könnte.

Vrgl. Magazin für Rechtspflege und Verwaltung Bd. I. Heft III. [3])

[2]) Dem Klaggrund Ziff. 3 und 4 würde die auf L.R.S. 1167a gestützte Einrede in keinem Falle entgegenstehen.

[3]) Die bei dem höchsten Gerichtshof in neuerer Zeit (s. oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. Jahrg. XIII. S. 37 flgd.) angeregte, wie es scheint, nicht allgemein angenommene Ansicht, wonach bei Anwendung des L.R.S. 1167 zwischen Gefährde und eigentlichem Betrug gegen die Gläubiger (Dolus) im Sinne des Civilrechts, wesentlich unterschieden werden soll, so daß namentlich die durch Scheinverträge (Erdichtung von Rechtsgeschäften) bethätigte Gefährde höheren Grades nicht unter die beschränkenden Bestimmungen des L.R.S. 1167a fallen würde, findet wohl in den Gesetzen keine genügende Rechtfertigung. Dies wurde auch in obigem, so wie in einem vor Jahr und Tag vorgekommenen Falle vom Hofgericht des Unterrheinkreises anerkannt. Auch der Umstand, daß der civilrechtliche Betrug gegen Gläubiger etwa gemäß §. 465 des Strafgesetzbuches auch von einer Strafe getroffen wird oder getroffen werden kann (nach §. 466 wird schon der Leichtsinn

Zu 3. Liegt aber etwa eine **Vermögensübergabe** hier vor, wodurch der Uebergang der Schulden auf den Vermögensübernehmer unmittelbar bewirkt wurde? Diese Frage muß verneint werden. **Formell** liegt offenbar kein solches Geschäft vor, da sich das fragliche Geschäft bestimmt und klar als **Abtretung einer ungetheilten Erbschaft**, beziehungsweise des Antheils an derselben kund gibt, und eine Erbschaftsabtretung noch keine Abtretung des gesammten Vermögens unter den zu einer Uebergabe gehörigen gesetzlichen Erfordernissen enthält. Der **Sache** nach könnte freilich dennoch eine Uebergabe des gesammten Vermögens im gesetzlichen Sinne zu Grunde liegen und es findet sich in §. 4 des fraglichen Vertrages wirklich eine Bestimmung [4]), welche zur Unterstützung dieser Auffassung dienen könnte; allein es entscheidet hiegegen der Gesichtspunkt, daß die Eheleute Staubitz unbestreitbar eine Schuld, und zwar eine größere, an die Uebernehmer hatten, und diese Schuld durch die Erbabtretung getilgt werden sollte. Wenn etwa durch diese Schuldentilgung ein anderer Gläubiger (der Kläger) beeinträchtigt wurde, so ist es eben die unter Ziff. 1 erwähnte Klage, wodurch der Gläubiger Hilfe suchen muß (die actio Pauliana) und kein andere.

Zu 4. Demzufolge, und da der Gläubiger nicht mehr Rechte geltend machen kann, als sein zahlungsunfähiger Schuldner selbst geeigneten Falls geltend zu machen vermöchte, erscheint auch die Anfechtung des Vertrags als eine Vermögensübergabe **im Namen des Schuldners** nach Maßgabe des L.R.S. 1166 ohne haltbaren Grund.

Diese Begründung der Klage wurde auch bei der mündlichen Verhandlung vom kläger'schen Anwalt nicht weiter geltend gemacht; dagegen suchte derselbe unter Bezug auf L.R.S. 788 die Erbabtretung als einen **Erbverzicht** darzustellen. [5]) Diese Auffassung zeigt sich jedoch noch viel unhaltbarer, da die Erbabtretung vielmehr die **Erbantretung** voraussetzt und nöthigenfalls in sich faßt, indem man das, was man einem Andern abtreten will, vor Allem erlangt haben, oder doch erlangen muß, auch eine Entsagung auf die Erbschaft in dem bei den Akten liegenden Vertrage in keiner Weise zu finden ist.

Aus der bisherigen Ausführung geht hervor, daß die Klage nur in der unter Ziff. 1 erwähnten Richtung begründet ist.

In dieser Richtung steht nun aber der Klage der **vorgeschützte Einwand, die Versäumung der Klagefrist des L.R.S. 1167a** im Wege, und es ergibt sich die Versäumung aus dem Vortrage des Klägers selbst. Mit dem Eintrage des Vertrages in das öffentliche Grundbuch zu Schillingstadt (wenn auch nicht im nämlichen Orte, doch im nämlichen Bezirksamte und ganz in der Nähe vom Wohnort des Klägers und der Darleihensschuldner) war für den Kläger die in L.R.S. 1167a vorgesehene **Möglichkeit der Kenntnißnahme** in einem im Sinne des Gesetzgebers hinreichenden Maße gegeben, wenn gleich die erforderliche Kenntniß nicht ohne gehörige Bemühung und Wachsamkeit zu erlangen war.

O. H. **Jahrbücher** n. F. XIII. S. 48. [6])

Hiernach rechtfertigt sich die Bestätigung des angefochtenen Urtheils.

Die Kosten fallen nach Pr.O. §. 168 dem Kläger zu.

Eduard **Brauer**.

---

oder **Muthwille** in Herbeiführung der Ueberschuldung, auch ohne Dolus, bestraft), kann den Civilrichter nicht berechtigen, von den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Gefährde des Gläubigers abzugehen. Der beschädigte Gläubiger mag, wenn er will, ein Strafverfahren herbeiführen und sich diesem oder dem schon eingeleiteten Strafverfahren anschließen. Näherer Nachweis hierüber im **Magazin** am oben angeführten Orte.

4) In dem angeführten §. 4 war nämlich der Vorbehalt beigefügt, daß die Eheleute Staubitz auch den durch die Erbschaftsabtretung nicht gedeckten Rest der zugesagten Summe ihrer Tochter noch zu zahlen schuldig sein sollten, wenn sie **weiteres Vermögen** verlangten, woraus allerdings hervorzugehen schien, daß sie sonst kein Vermögen besaßen.

5) Nach L.R.S. 788 können die Gläubiger, wenn der Schuldner zum Nachtheil ihrer Rechte auf eine Erbschaft verzichtet, sich bei Gericht ermächtigen lassen, die Erbschaft in dessen Namen und statt seiner anzutreten. Ein derartiges Begehren des Klägers hätte jedenfalls nicht blos in dem mündlichen Vortrag des Anwalts, sondern früher actenmäßig und ausdrücklich geltend gemacht werden müssen, es konnte auch ohne **wesentliche** Abänderung des Klaggrundes nicht nachgeschoben werden.

6) Vergl. hiezu ferner **Annalen** Jahrg. XVI. S. 238 folgd., XVIII. S. 382, XIX. S. 188, XX. S. 382. 385.

II.

1) Wer hat, wenn die Konstituirung eines Schiedsgerichts durch Erkenntniß eines ordentlichen Gerichtes festgesetzt ist, zu bestimmen, nach welchen Gesetzen die Schiedsrichter ihren Schiedsspruch geben sollen?

2) Welche sind „die bestehenden Gesetze“ des §. 203 der Pr.O.?

Pr.O. §. 200 bis 203.

Die Gesellschaft J. J. Meyer und Comp. in Mühlhausen schloß im Jahr 1842 mit der Maschinenfabrik Keßler und Martiensen in Karlsruhe einen von Mühlhausen und Karlsruhe datirten Vertrag ab, durch welchen die Gesellschaft Meyer der gedachten Fabrik eine Erfindung für den Bau von Lokomotiven zur Ausbeutung in Baden, Würtemberg, Baiern, den beiden Hessen, Nassau und Frankfurt überließen.

Es war dabei unter Anderem bestimmt, daß für den Bau einer jeden Lokomotive der Gesellschaft Meyer eine Prämie gezahlt, so wie daß im Falle entstehender Streitigkeit ein Schiedsgericht niedergesetzt werden sollte, dessen Obmann von der badischen Eisenbahnbaudirektion zu ernennen sei.

Im Jahr 1843 kam in München eine Uebereinkunft unter den obigen beiden Contrahenten einerseits, und dem Ritter J. von Maffei anderseits zu Stande, wornach Maffei mit Keßler und Martiensen zur Ausbeutung der Erfindung eine Gesellschaft bildete, und sich auch Maffei zur Zahlung der Prämie verpflichtete. Auch in diesem Vertrag war für den Fall entstehender Streitigkeiten die Entscheidung durch ein Schiedsgericht bedungen, dessen Zusammenstellung jedoch in anderer Weise erfolgen sollte. — Darüber aber war in keinem der beiden Verträge eine Bestimmung enthalten, nach welchem Rechte die Schiedsrichter entscheiden sollten.

Martiensen trat bald darauf aus der Gesellschaft zurück, und Keßler, welcher Bürger in Karlsruhe war, siedelte nach Stuttgart über, um von dort aus die Eßlinger Maschinenfabrik zu leiten, ohne daß er jedoch sein Bürgerrecht in Karlsruhe aufgab. Auf die Dauer sehen sich jedoch weder Keßler noch Maffei veranlaßt, der Gesellschaft Meyer, an deren Stelle die Gesellschaft Expansion getreten war, die versprochene Prämie zu zahlen. Diese letztere Gesellschaft reichte daher bei dem Stadtamte Karlsruhe eine Klage auf Niedersetzung eines Schiedsgerichts auf den Grund des Vertrags vom Jahr 1843 ein. Die Zuständigkeit des Gerichts wurde unter Anderm darauf gestützt, daß Keßler Bürger in Karlsruhe sei. Dieser Klage wurde die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entgegengehalten, weil Keßler nicht dem Stadtamte Karlsruhe, sondern den Stuttgarter Behörden gerichtspflichtig sei. Diese Einrede wurde jedoch, gerade weil Keßler das Ortsbürgerrecht in Karlsruhe fortwährend habe, von dem Unterrichter verworfen, eine Entscheidung, welche die oberrichterliche Bestätigung fand. In der Sache selbst erkannte derselbe Unterrichter auch, daß die beiden Beklagten schuldig seien, sich dem Ausspruch eines Schiedsgerichts, dessen Zusammensetzung zugleich geordnet wurde, zu unterwerfen. Auch dieses Erkenntniß wurde obergerichtlich bestätigt.

Als nun das Schiedsgericht seine Thätigkeit beginnen sollte, erhoben sich neue Streitigkeiten. Die Klägerin begehrte nämlich, da die Verträge vom Jahre 1841 und 1843 keine abweichende Bestimmung enthielten, daß das badische Prozeßrecht zufolge der Vorschriften des §. 203 in Vergleich mit den §§. 195. 201. 207 ꝛc. zur Anwendung komme, da die Zuständigkeit der badischen Gerichte, insbesondere des Stadtamtes Karlsruhe, durch stadtamtliches, hofgerichtlich bestätigtes Urtheil vom 16. Februar 1853 ausgesprochen und dadurch begründet sei, „daß „Keßler (und folgeweise auch Maffei) durch seine Eigen„schaft als badischer Staatsbürger nach L.R.S. 102 a nach „den Bestimmungen des VI. Constitutionsedikts und des „Staatsvertrags mit Würtemberg in dem Bezirke des „Stadtamtes Karlsruhe gerichtspflichtig sei.“ Diese Gerichtspflichtigkeit vor einem badischen Gerichte, sei dieses nun ein ordentliches, oder ein Schiedsgericht, bedingt zugleich, daß nach badischem Civilrecht — (den hier „bestehenden Gesetzen“ §. 203 Pr.O.) — von diesem Gerichte geurtheilt werde.

Zugleich wurde ausgeführt, „der zuständige Richter — und dieß sei hier das badische Stadtamt Karlsruhe — habe alle Streitfragen zu entscheiden, welche die Abfassung des Schiedsvertrags betreffen. Die Mitwirkung der ordentlichen Gerichte seie in den §§. 200 bis 207 Pr.O. geordnet, und gerade hier finde sich der §. 203. Nachdem nun einmal Streit entstanden über jenen wesentlichen Theil des Schiedsvertrags, nach welchem Rechte die Schiedsrichter zu verfahren und zu erkennen haben, so

habe dieses ordentliche Gericht hierüber die Entscheidung zu geben. Es handle sich hier nicht um das materielle Recht der Parteien, sondern um eine Folge der Gerichtspflichtigkeit und Zuständigkeit, worüber die Schiedsrichter nicht entscheiden könnten."

Die Beklagten dagegen verlangten, daß die Schiedsrichter nach altbairischen Gesetzen entscheiden sollten.

Der Anwalt der Beklagten stellte nämlich den Satz auf, da der erste Vertrag in Frankreich (Mühlhausen) *), der letzte in Baiern (München) abgeschlossen worden sei, so handle es sich um persönliche Verbindlichkeiten, welche zwischen Ausländern und Inländern im Auslande entstanden seien, und um die Frage, ob das ausländische oder inländische Gericht zu deren Beurtheilung zuständig sei. Nach §. 13 des VI. Constitutionsedikts vom Jahr 1808, (Reg.-Bl. p. 156. 157), sei nun das Gesetz des Orts anwendbar, wo die erlaubte Handlung begangen wurde. Hiernach mußte auch die Auslegung eines Vertrags nach den Gesetzen des Ortes gegeben werden, wo derselbe abgeschlossen worden sei, indem die Parteien durch die Wahl eines bestimmten Ortes zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes übereingekommen seien, sich den Gesetzen dieses Ortes zu unterwerfen. Da nun das VI. Constitutionsedikt solche im Ausland geschlossene Verträge nach den ausländischen Gesetzen beurtheilt wissen wolle, so sei auch der in Folge eines im Auslande geschlossenen Vertrags zu ertheilende Schiedsspruch ohne Zweifel nach den Gesetzen eben dieses Auslandes zu beurtheilen, also der Schiedsspruch hier nach den bairischen Gesetzen, weil der letzte Vertrag über Constituirung eines Schiedsgerichtes in München abgeschlossen worden sei. **) In dem bairischen Rechte findet nun der Anwalt die bestehenden Gesetze des §. 203 Pr.O. Die Lösung der Frage, nach welchen Prozeßgesetzen die Schiedsrichter verfahren sollten, glaubte der Anwalt der Beklagten, da §. 208 Ziff. 1 Pr.O. hierüber keine bestimmte Norm gebe, den Schiedsrichtern selbst anheim geben zu dürfen.

Das großh. Stadtamt Karlsruhe gab die von dem mittelrheinischen Hofgerichte unter Adoption der Begründung bestätigte Entscheidung, daß die Klägerin mit dem Gesuche: zu erkennen, daß die Schiedsrichter nach badischen Prozeßgesetzen und nach badischem Civilrechte einschließlich des Handelsrechts zu verhandeln und zu entscheiden haben, als dahier nicht stattfindend, sondern vor das Schiedsgericht selbst gehörig, abzuweisen sei. Die

Entscheidungsgründe

hiezu lauten: Der 6. Titel der Pr.O. setzt fest, welche Bestimmungen für das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt, und insbesondere hinsichtlich derjenigen Punkte maßgebend sein sollen, über welche eine Vereinbarung der streitenden Theile nicht stattgefunden hat. Durch den §. 203 Pr.O. ist namentlich festgesetzt, daß die Schiedsrichter ihren Ausspruch nach den bestehenden Gesetzen zu geben haben, insofern sie nicht durch den Schiedsvertrag ausdrücklich auf ein blos billiges Ermessen hingewiesen sind. Hieraus folgt zunächst, daß ein blos billiges Ermessen nur dann die Richtschnur bilden kann, wenn beide Theile hierüber einig sind, daß also auch kein Theil gezwungen werden kann, im Schiedsvertrage zu bestimmen, daß nur nach billigem Ermessen geurtheilt werden solle. — Es wird nun ausgeführt, aus den Verhandlungen gehe hervor, daß die Beklagten nicht das billige Ermessen, sondern die altbaierischen Gesetze als Norm für die Schiedsrichter bestimmt wissen wollten — und wird sodann weiter fortgefahren.

„Wenn in §. 203 Pr.O. festgesetzt ist, daß die Schiedsrichter ihren Ausspruch nach den bestehenden Gesetzen zu geben haben, so ist damit zwar nicht gesagt, daß den Parteien nicht gestattet sei, festzusetzen, nach welchen Landesgesetzen, z. B. ob nach römischem Rechte das Schiedsgericht entscheiden solle; allein es ist damit gesagt, daß keine Partei zu einer deßfallsigen Vereinbarung gezwungen werden könne. Die Entscheidung der Frage aber, ob ohne deßfallsige Vereinbarung im einschlägigen Falle die Gesetze des einen oder des andern Landes die maaßgebenden seien, gehört ebenso wie di Frage, ob die eine oder andere Gesetzesstelle die maaßgebende sei, zur Zuständigkeit desjenigen Gerichts, welches für Entscheidung des Hauptstreites zuständig ist. Denn es ist eine Frage des materiellen Rechts der Parteien, und keineswegs eine Frage der Gerichtspflichtigkeit des E. Keßler, wie schon daraus hervorgeht, daß, wenn

*) Thatsächlich nicht ganz richtig. Der erste Vertrag ist Mühlhausen und Karlsruhe datirt.

**) Hier entscheide schon, wie gesagt, der allgemeine Rechtsgrundsatz. Locus regit actum. Verweisung auf Stabel, Vorträge p. 76 und 77. Zachariä 1. Bd. §. 31 p. 64., insbesondere Note 9. Annalen XV. p. 126 Ziff. 2.

auch entschieden ist, Kehler habe bei dem badischen Richter seine Gerichtspflichtigkeit, daraus nicht folgt, daß auch unbedingt die badischen Gesetze hinsichtlich des Materiellen der Sache maaßgebend seien.

Da nun aber zur Entscheidung der zwischen beiden Theilen in der Hauptsache obwaltenden Streitigkeiten unzweifelhaft nur das Schiedsgericht zuständig ist, so hat auch nur dieses zu beurtheilen, welche Landesgesetze hinsichtlich der materiellen Rechtsfragen die entscheidenden seien, und es muß deßhalb die jetzt erhobenene Streitfrage, ob die Schiedsrichter nach badischen oder nach altbarischen Gesetzen zu erkennen haben, als nicht hierhergehörig vor das Schiedsgericht verwiesen werden."

Ottendorff.

III.

1) Begriff des Verlust's einer Urkunde im Sinne des §. 390 Proz.Ord. und des L.R.S. 1348*.

2) Beweis einer verloren gegangenen öffentlichen Urkunde durch Zeugen.

3) Gültigkeit des unter obervormundschaftlicher Ermächtigung von einem Vormunde Namens seiner Mündel ausgesprochenen Verzichts auf das denselben zustehende gesetzliche Pfandrecht des L.R.S. 2121.

§. 17 des zweiten Einführungsedikts.
Hohenhorst, Jahrbücher V. S. 228. 229.
Zachariä IV. S. 463 und die dort in der Note 14 aufgeführte französische Literatur.
Thilo, Urtheile französischer Gerichtshöfe zu Art. 1348 No. 5. 6. 13.
Gilbert, Code annoté zu Art. 1348 No. 19 und 20. Duranton t. XIII. No. 368. Favard unter Preuve No. 29. Toullier t. IX. No. 204. 206.

Die Mitglieder des Oestringer Pfandgerichts glaubten, daß ihnen Entschädigungsansprüche an die Erben des Becherwirthes Holzmann zuständen. Ein Theil der (hier nicht weiter auszuführenden) Begründung ihrer Klage gegen dieselben stützte sich auf die Behauptung, daß der Vormund derselben unter obervormundschaftlicher Ermächtigung auf das ihnen nach L.R.S. 2121 gesetzlich zustehende Unterpfandsrecht an einem Weinberge verzichtet habe. Die Kläger behaupteten in der Beweisinstanz, daß die mit der obervormundschaftlichen Ermächtigung versehene Verzichtsurkunde früher auf dem Rathhaus in Oestringen vorhanden gewesen, und jetzt nicht mehr aufzufinden, somit verloren sei. Sie traten diesen, und den Beweis des Inhalts der Urkunden durch 4 Zeugen an, welche auch bestätigten, daß eine solche Urkunde auf das Rathhaus gekommen, und daß darin die obervormundschaftliche Genehmigung des Verzichtes enthalten gewesen sei.

Ueber die Giltigkeit eines solchen Verzichts, und den rechtlichen Werth dieses geführten Beweises sprechen sich die Entscheidungsgründe zu dem Erkenntnisse des mittelrheinischen Hofgerichtes in folgender Weise aus:

„In den Fällen, da durch einen unvorhergesehenen, und unverschuldeten Zufall Beweisurkunden verloren gegangen sind, kann nach L.R.S. 1348 4, §. 390 Pr.O. sowohl der Verlust, als der Inhalt der verlorenen Urkunden allerdings durch Zeugen bewiesen werden. Allein nicht das blose Fehlen einer Urkunde, welche früher vorhanden war, bildet den Begriff eines Verlusts im Sinne der eben angeführten Gesetzesstellen, sondern Thatsachen *), welche einen unvorhergesehenen, von dem Beweisführer unverschuldeten, und den Verlust bedingenden Zufall darstellen, müssen den Gegenstand des Beweises bilden. Solche Thatsachen haben aber die Kläger nicht einmal zu benennen gewußt, geschweige denn zu beweisen versucht. Ihr Zeugenbeweis geht nur dahin, daß eine solche Urkunde i. J. 1844 auf das Rathhaus zu Oestringen gebracht worden ist. Daß die aufgestellte Vermuthung, es sei die fragliche Urkunde mit altem Papier verkauft und vertilgt worden, unerheblich ist, bedarf einer Nachweisung nicht."

„Aber auch nicht einmal die Thatsache, daß eine Verzichtsurkunde versehen mit der obervormundschaftlichen Ermächtigung vorhanden war, ist erwiesen. Denn wenn auch die vier aufgerufenen Zeugen erzählen, daß sie eine Urkunde mit solchem

---

*) Z. B. Feuersbrunst, boshafte Vernichtung, Diebstahl mit Einbruch u. dgl.

D. R.

Inhalte, wie ihn die Beweisführer behaupten, auf dem Rathhause zu Oestringen gesehen haben, so kann dieß nicht genügen, um darzuthun, daß diese Urkunde zugleich die öffentlichen Glauben verleihenden Merkmale einer von dem großh. Oberamte Br. in seiner Eigenschaft als Obervormundschaftsbehörde ausgestellten Fertigung an sich getragen habe. Eine öffentliche, mit den Merkmalen der feierlichen Fertigung versehenen Urkunde trägt allerdings bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung ihrer Aechtheit und Gesetzlichkeit an sich. L.R.S. 1319 Pr.O. §. 397. Das Bestehen einer solchen gesetzlichen Vermuthung kann aber nicht behauptet werden, wenn Zeugen nur den Inhalt einer Urkunde bestätigen, ohne der Merkmale ihrer Aechtheit näher zu gedenken. Wenn diese Zeugen noch dazu, wie hier *), Personen sind, von welchen man nicht geradezu sagen kann, daß sie die Kenntnisse und Fähigkeiten haben, die Merkmale der Aechtheit, z. B. ob die Unterschrift von der Hand des gerade in diesem Zweige der Geschäftsleitung dienstthuenden Beamten herrühre, ob das Siegel ein wirklicher Abdruck des Amtssiegels sei u. s. w., so hat ihr Zeugniß über den Inhalt der Urkunde um so geringeren Werth für die Authenticität derselben."

„Allein abgesehen von der Beweisfrage, so würde ein Verzicht, so wie er behauptet ist, die Beklagten selbst dann nicht binden können, wenn ihm eine obervormundschaftliche Genehmigung zur Seite stände. Der Verzicht soll hier von dem Vater der Beklagten in seiner Eigenschaft als Vormund ausgesprochen worden sein." (Folgt hier der Nachweis, daß dieser Verzicht allein im Interesse des Vaters lag, und hierdurch das Vermögen seiner Mündel nicht nur gefährdet, sondern empfindlich beeinträchtigt worden ist.) — Hieraus zeigt sich mit Bestimmtheit, daß durch einen solchen Verzicht „der Vortheil des Vormundes mit dem Interesse seiner Mündel in Gegenstoß gerieth. Nun schreibt aber §. 17 des II. Einführungsediktes ausdrücklich vor: „Wo der Vortheil des Vormundes gegen den der Minderjährigen anstößt, wird von der ordentlichen Obrigkeit ein besonderer Pfleger zur Vertretung des Pfleglings bestellt." Diese Gesetzesstelle spricht mit gebietenden, unzweideutigen Worten. Wenn nun, wie hier, diese bestimmte Vorschrift außer Acht gelassen worden ist, da kann die in gesetzwidriger Weise von dem Vormunde ausgegangene Handlung dem Mündel gegenüber auch dann nicht zu Recht bestehen, und ihm keinen Schaden bringen, wenn sie ihrer Gesetzwidrigkeit ungeachtet mit der Autorität einer beaufsichtigenden Behörde bekleidet worden wäre."

Ottendorff.

*) Die hier aufgetretenen Zeugen waren ein Waisenrichter, ein Rathschreiber, ein Ortsdiener und ein Gerichtsbote.

D. E.

IV.

Kann der Ausländer nur, wenn er zu Zuchthausstrafe, oder wegen der in §. 43 des St.G.B. einzeln aufgezählten Verbrechen zu Arbeitshausstrafe verurtheilt wird, des Landes verwiesen werden?

(St.G.B. §. 18. 43.)

Drei Franzosen kamen in den Bezirk des großh. Oberamtes Offenburg und gaben dort durch ihr verdächtiges Benehmen der Gendarmerie hinreichend gegründeten Anlaß zu polizeilicher Ueberwachung. Dieser wollten sie sich entziehen und zwei derselben, Jean Melay und Honore Jules Bouquet, verübten dabei, der Letztere in so gröblicher Weise das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, daß man das höchste Strafmaas von 2 Jahren Arbeitshaus gegen ihn für angemessen erachtete. Bei derselben Gelegenheit machte er sich auch einer Körperverletzung schuldig, so daß im Ganzen eine Strafe von zwei Jahren drei Monaten Arbeitshaus gegen ihn erkannt wurde.

Es erhob sich nun die Frage, ob auch Landesverweisung gegen diesen Menschen, der sich durch die Rohheit und Gewaltthätigkeit seines Benehmens hinlänglich als einen der öffentlichen Sicherheit sehr gefährlichen Verbrecher gezeigt hatte, ausgesprochen werden könne, obschon derselbe weder nach §. 18 des St.G.B. mit Zuchthaus bestraft worden war, noch er eines der in §. 43 St.G.B. genannten Verbrechen der Landstreicherei, des Bettels, der Fälschung, des Betrugs, der Wilderei oder des Diebstahls begangen, und sich deßhalb Arbeitshausstrafe zugezogen hatte. Man glaubte diese Frage bejahen zu müssen, und zwar auf den Grund des §. 43 St.G.B., daß auch derjenige Ausländer zu Landesverweisung zu verurtheilen sei, welcher wegen eines mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechens zu Arbeitshausstrafe verurtheilt wird. Es wurde zwar nicht übersehen, daß jener Grad

der Körperverletzung, welcher als äußerer Erfolg der rechtswidrigen That des Bouquet sich ergab, von dem Gesetze mit Arbeitshaus und nicht mit Zuchthausstrafe bedroht ist. Allein man ging davon aus, daß nicht der eingetretene Erfolg, noch die erkannte Strafe im Sinne des Gesetzgebers maßgebend sei, sondern nur der Umstand, ob von dem Gesetze das Verbrechen selbst mit Zuchthaus bedroht werde. Diese Strafe — wurde bei der Berathung hervorgehoben — drohe das Gesetz dem Verbrechen der Körperverletzung, und nicht nur alsdann, wenn dasselbe mit Vorbedacht, sondern sogar dann, wenn dasselbe im Affekt verübt werde, §. 225. 232, und dabei gebe das Gesetz dafür nirgends einen Anhaltspunkt, daß die Strafe, welche für die verschiedenen Grade der Körperverletzung in den gedachten Paragraphen ausgemessen worden ist, nach Größe und Art nur dann im einzelnen Fall auszusprechen sei, wenn die Absicht des Thäters auf gerade diese oder jene Art der Körperverletzung gerichtet war. Das Gesetz bedrohe vielmehr Jeden mit Strafe, der „durch eine rechtswidrige Handlung, deren eingetretener Erfolg ihm zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zuzurechnen ist, einen Andern an seinem Körper verletze," und daraus ergebe sich am deutlichsten, daß der Gesetzgeber hier nicht verschiedene, durch den äußern Erfolg sich von einander unterscheidende Verbrechen im Auge habe, sondern vielmehr nur ein und dasselbe Verbrechen mit verschiedenen Abstufungen. Drohe aber das Gesetz dem Verbrechen Zuchthausstrafe, dann liege es auch im Geiste des Gesetzes, den Verbrecher, welcher sich im einzelnen Falle der öffentlichen Sicherheit als besonders gefährlich erwiesen habe, für die bürgerliche Gesellschaft durch polizeiliche Aufsicht oder Landesverweisung selbst dann unschädlich zu machen, wenn der zufällige Erfolg seiner That eine Körperverletzung herbeigeführt habe, die ihrem Grade nach nicht mit Zuchthaus, sondern nur mit Arbeitshaus zu ahnden war.

Ottendorff.

V.

Kurzgefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

In Strafsachen.

1.

Strafgesetzbuch §. 381.

Wenn Jemand eine Reihe von gefährlichen Diebstählen verübt hat, deren jeder für sich betrachtet, zu den leichteren Fällen gerechnet werden muß, so kann, unerachtet sich der Dieb durch die größere Anzahl der von ihm verübten Verbrechen seiner Gesinnung nach als ein dem Eigenthum sehr gefährlicher Mensch dargestellt hat, doch nicht Zucht- sondern nur Arbeitshausstrafe erkannt werden.

Entscheidungen des Schwurgerichtshofs J. A.S. gegen Fritsch und gegen Trapp wegen gefährlichen Diebstahls.

2.

St.G.B. §. 381. 104. 105. 106. 108.

Vielfach wurde von Seiten der Vertheidigung die Behauptung aufgestellt, der Versuch eines gefährlichen Diebstahls sei erst dann vorhanden, wenn der Dieb, obschon die gefährdende Handlung des Einbruchs, des Einsteigens von ihm schon vollendet war, dazu schreite, die Entwendung selbst zu begehen, und an der Ausführung dieser Handlung verhindert werde; wenn aber der Dieb erst die gefährdende Handlung (den Einbruch, das Einsteigen) beginne, oder auch diese vollendet habe, aber ehe er zur Ausführung der Entwendung geschritten sei, vertrieben werde, seien die gefährdende Handlung, oder deren Versuch nur als Vorbereitungshandlungen anzusehen, und somit nach §. 108 straflos. Zu dem Thatbestande des gefährlichen Diebstahls gehört aber gerade die gefährdende Handlung, und sie bildet ebenso gut als der Akt des Entwendens einen Theil dieses Verbrechens. Der Versuch der gefährdenden Handlung in der Absicht, dieselbe als Mittel zum Zweck des Stehlens zu verüben, bildet somit den Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens, und damit den Versuch des gefährlichen Diebstahls.

So wurde mehrfach und kürzlich wieder erkannt J. A.S. gegen Beck und Genossen wegen gefährlichen Diebstahls.

Ottendorff.

Berichtigung.

In No. 42, S. 332, Sp. 1, Z. 10 von oben ist nach den Worten: „die einzelnen Gläubiger" einzuschalten: „zur Befriedigung kommen, auch bei dem Streit hierüber immer nur einzelne Gläubiger"

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 44.** **Mannheim,** 27. Oktober **1855.**

I.

Kommen Nachlaßverträge in Ganten — und zwar sowohl gegen Nichthandelsleute wie gegen Handelsleute — auch den Bürgen zu statten?

Nach L.R.S. 1287 entledigt die Erlassung der Schuld oder die bewilligte Befreiung des Hauptschuldners zugleich die Bürgen.

Der Nachlaß also, welchen ein einziger Gläubiger seinem Schuldner bewilligt, kommt in gleichem Maaße dem Bürgen zu gut.

Aber welche Wirkungen äußern Nachlaßverträge in Ganten auf die Bürgen? In dieser Hinsicht ist folgendes zu bemerken: Der Regel nach soll ein Schuldner nur bei vorhandener Vermögensunzulänglichkeit in Gant erklärt werden. Daher auch die Vorschrift, daß der Gantrichter von Amts wegen Stundungs- oder Nachlaßverträge im geeigneten Zeitpunkt einleiten soll. Pr.O. §. 781. Man muß aber unterscheiden zwischen Handelsganten und gemeinen Ganten, weil bei derartigen Vergleichen in jenen anders verfahren wird, als in diesen.

Hierüber nur wenige Worte. In Handelsganten gibt die Mehrheit der Gläubiger den Ausschlag, wenn deren Forderungen zugleich wenigstens drei Viertheile der ganzen richtig gestellten Summen ausmachen. H.R.S. 220. Pr.O. §. 782. No. 1. Durch die gerichtliche Bestätigung des Vergleichs wird die Minorität der vorrechtlosen Gläubiger, ihrer etwaigen Einsprache ungeachtet, an den Beschluß der Majorität gebunden. H.R.S. 225.

Dagegen binden Nachlaßverträge in Ganten gegen Nichthandelsleute nur diejenigen Gläubiger, welche darein willigen. Pr.O. §. 784.

Nun scheint kein Zweifel darüber zu herrschen, daß derjenige Gläubiger, welcher in einer Handelsgant durch die Majorität zum Nachlaß gezwungen wird, für den nachgelassenen Theil der Forderung seinen Rückgriff auf den Bürgen behält, weil ihm in Wahrheit nicht opponirt werden kann, daß er den Nachlaß bewilligt, beziehungsweise daß er einen Verzicht geleistet habe.

Zweifelhafter dagegen ist die Frage: ob auch diejenigen Gläubiger, welche ausdrücklich für den Nachlaß stimmen, ihren Rückgriff auf die Bürgen für den unbefriedigten Betrag des Guthabens behalten?

Wollte man alles Gewicht auf die Zustimmung legen, so würde die Frage schlechthin zu verneinen sein, weil derjenige, welcher in den Nachlaß einwilligt, auf den sovielsten Theil seines Anspruchs verzichtet und auf verzichtete Rechte kein Rückgriff, weder gegen den Hauptschuldner, noch gegen den Bürgen, statt findet.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß ein Nachlaß selbst im Verhältniß zu jenen Gläubigern, welche dafür gestimmt haben, ein unfreiwilliger oder nothgedrungener sein kann, wenn nämlich nach dem Stand der Masse nicht mehr zu erhalten war, als der Gemeinschuldner durch den Vergleich zu zahlen übernommen hat.

Unter dieser Voraussetzung steht der nachgelassene Theil auf gleicher Stufe mit dem Verluste, welchen ein Gläubiger nach Ganturtheil und Vertheilungsbescheid wegen Unzulänglichkeit der Masse erleidet.

Nichts desto weniger sind Manche der Ansicht, daß der Nachlaß, welchen die Gläubiger in einer gemeinen Gant dem Cridar bewilligen, die Bürgen unbedingt befreie.

Lauckhard, Rechtsfälle, n. F. IV. S. 363 Note*).

Die Richtigkeit dieser Ansicht mag in Frankreich, wo die Meinungen früher auch getheilt waren, nicht ferner mehr bestritten werden, seitdem durch die Novelle (zum Code de com.) vom 28. Mai 1838 den Gläubigern eines Handelsmanns, welche dem Nachlaßver-

gleiche beigetreten sind, der Rückgriff gegen die Mitschuldner und folglich auch gegen die Bürgen vorbehalten ist; weil daraus nach dem Axiom: „qui dicit de uno, negat de altero" nothwendig folgt, daß Nachlaßvergleiche in Ganten gegen Nichthandelsleute den Bürgen in demselben Maaße zu statten kommen, wie dem Hauptschuldner selbst. Obwohl nun dieses Argument hierlands wegfällt, so liegt doch ein Präjudiz vor, durch welches der höchste Gerichtshof ausgesprochen hat, daß Nachlaßverträge in Ganten gegen Nichthandelsleute, wie gegen Handelsleute den Gläubigern das Recht auf die Bürgen zu greifen, nicht nehmen, noch schmälern.

Jahrbücher, n. F. XIII. 140.

In wiefern dieses Präjudiz, welches neben gewichtigen Gründen zugleich die natürliche Billigkeit für sich hat, auch in Zukunft festgehalten werden wird, bleibt dahingestellt.

Einsweilen aber dürfte aus der oberhofgerichtlichen Begründung, die Lehre entnommen werden, daß die Gläubiger jedenfalls wohl daran thun, die Bürgen zu den Vergleichsverhandlungen beizuziehen, damit sie nicht später der Rückgriffsklage die Einrede entgegenhalten, daß sie im Stande gewesen wären, den Gläubigern volle Befriedigung aus der Gantmasse des Hauptschuldners zu verschaffen, wenn nicht dieselben sich ohne ihr Zuthun auf eigene Gefahr mit dem Cridar abgefunden hätten.

D. R.

II.

1) **Die Bestimmung des §. 9 der landesherrlichen Verordnung vom 16. Dezember 1804 (Reg.-Bl. No. 2 und 3), daß der Verkauf von Liegenschaften vor erlangter Erlaubniß zur Auswanderung nichtig sein soll, ist durch das Landrecht aufgehoben.**

2) **Dessenungeachtet können solche Kaufverträge, wenn sie, mit Wissen des Käufers, zum Zwecke der heimlichen Auswanderung abgeschlossen wurden, als nichtig angefochten werden. L.R.S. 1131. 1133.**

Wie allgemein bekannt, ist schon mancher Inländer, ohne vorgängige Staatserlaubniß, nach Amerika ausgewandert, um sich der gerichtlichen Verfolgung wegen Verbrechen oder Schulden zu entziehen, nachdem er vorher seine liegende und fahrende Habe im Stillen veräußert hatte. Mangel an strenger Aufsicht und bisweilen wohl auch eine gewisse Connivenz von Seiten der Ortsbehörden ermöglichten dieß Verfahren nicht nur auf dem Lande, sondern auch in Städten häufiger, als man denkt, deßhalb dürfte eine Erörterung über die civilrechtliche Gültigkeit solcher Liegenschaftsverkäufe nicht ohne Interesse sein. Natürlich können dieselben wegen Gefährde nach L.R.S. 1167 angefochten werden, allein der erforderliche Nachweis der gefährdevollen Absicht auf Seiten des Verkäufers und des Käufers ist oft sehr schwer oder gar nicht zu führen, und die kurze Nothfrist für die Paulianische Klage (L.R.S. 1167 a) bildet ein weiteres Hinderniß, so daß in vielen Fällen dieß Hülfsmittel unzureichend ist. Weit einfacher gestaltete sich die Sache nach §. 9 der landesherrlichen Verordnung vom 16. Dezember 1804 (Reg.-Bl. No. 2 und 3) da diese die von Auswanderern vor der Staatserlaubniß zur Auswanderung abgeschlossenen Kaufverträge über Liegenschaften nicht nur für beide Contrahenten und das sie gewährende Ortsgericht mit Geldstrafe bedrohte, sondern auch die Verträge selbst für nichtig erklärte. Diese Nichtigkeit durften aber auch die Gläubiger des Auswanderers geltend machen, um durch Umstoßung der Veräußerung ein Objekt zu ihrer Befriedigung zu erlangen. (arg. e. contr. L.R.S. 6a)

Vergleicht man jedoch die Bestimmungen der §§. 17. 18 des I. Einführungsedikts zum L.R. und des §. 3 des II. Einf.-Edikts, sowie die L.R.S. 6a b c, so ergibt sich, daß als eine nothwendige Folge der Einführung einer neuen vollständigen und geschlossenen civilrechtlichen Gesetzgebung ausgesprochen wurde, daß alle früheren allgemeinen oder speziellen Gesetze über bürgerliche Rechtssachen aufgehoben sein sollen, soweit nicht in §. 18 des I. Einf.-Edikts bezüglich gewisser einzeln benannter Gesetze eine, zudem noch beschränkte, Ausnahme festgesetzt worden ist, oder soweit nicht spätere Gesetze etwas anderes verfügen, wie z. B. das Gesetz vom 20. Juni 1806 (Reg.-Bl. No. 17) über die Viehmängel und deren Gewährung durch Verordnung vom 25. August 1810 (Reg.-Bl. No. 36) für fortdauernd gültig erklärt wurde. (Stabel, tit. prél. S. 103 No. 1 u. S. 119). Da nun unter diesen Ausnahmen die landesherrliche Verordnung vom 16. Dezember 1804 (Reg.-Bl. No. 2 und 3) nicht genannt ist, so hat dieselbe in civilrechtlicher Hinsicht jetzt gar keine Wirkung mehr,

und ist die in deren §. 9 enthaltene Androhung der Nichtigkeit der vor der Auswanderungserlaubniß abgeschlossenen Liegenschaftsverkäufe nicht mehr anwendbar, denn das L.R. kennt eine solche Nichtigkeit durchaus nicht. — L.R.S. 1594 — 1597. — (Vergl. Annalen X. S. 374. 376).

Ohnehin sind die neben der Nichtigkeitsdrohung vorhandenen Strafbestimmungen jener landesherrlichen Verordnung bezüglich der unerlaubten Auswanderung durch spätere Gesetze (VI. Constitutionsedikt vom 4. Juni 1808 §. 9 lit. d. Gesetz vom 5. Oktober 1820 §. 3 Reg.-Bl. No. XV. S. 87) so gänzlich verändert, daß die landesherrliche Verordnung sogar in diesem Punkte keine Geltung mehr hat.

Immerhin ist aber die unerlaubte Auswanderung auch jetzt noch eine verbotene und mit Strafe bedrohte Handlung, so daß sich die Frage aufwirft, ob nicht ein Liegenschaftsverkauf, welcher zum Zwecke der unerlaubten Auswanderung geschieht, zufolge L.R.S. 1131. 1133 nichtig sei? Der Fall, daß ein solcher Vertrag zugleich den Zweck hat, den Gläubigern des Auswanderers die Mittel zu ihrer Befriedigung zu entziehen, muß hier außer Acht gelassen werden, da er in das Bereich der Paulianischen Klage gehört. Das Verhältniß des Liegenschaftsverkaufs zur unerlaubten Auswanderung aber ist schon ein solches, daß man die obige Frage bejahen muß, denn der Auswanderer erhält dadurch nicht allein das nöthige Reisegeld, sondern er macht sich damit auch von der alten Heimath frei, und gewinnt die Mittel zur Ansiedlung in dem neuen Vaterlande, somit werden diese Verträge abgeschlossen, um die Ausführung einer verbotenen und der Staatsordnung zuwiderlaufenden Handlung zu ermöglichen, beruhen also auf einer unerlaubten Ursache und fallen unter L.R.S. 1131. 1133. Bedenkt man, daß auf die unerlaubte Auswanderung außer dem Verluste des Staats- und Ortsbürgerrechts auch noch durch §. 3 des allegirten Gesetzes vom 5. Oktober 1820 eine Geldstrafe gedroht ist, und daß zufolge §. 7 der Verordnung vom 7. September 1855 (Reg.-Bl. No. XXXIII.) erst nach Bezahlung dieser Strafe das Vermögen des Ausgewanderten in dessen freie Verwaltung zurückkehrt, so gewinnt man einen weitern Grund dafür, daß solche frühere, auch den Strafeinzug vereitelnde, Vermögensverfügungen nicht gültig sein können. Man kann dagegen nicht einwenden, daß §. 9 der Verordnung vom 16. Dezember 1804 soweit er jetzt noch gilt, solche Verkäufe mit polizeilicher Geldstrafe bedrohe, und mithin gemäß L.R.S. 6ᵃ der Vertrag selbst zu Recht bestehe, denn jener Landrechtsatz unterstellt, daß mit der Strafe Alles abgethan sein solle, der §. 9 der Verordnung vom 16. Dezember 1804 wollte gerade das Gegentheil hievon, und sind auch seine weiter gehenden Regreßivmaßregeln gegen die heimliche Auswanderung jetzt nicht mehr anwendbar, so kann man ihn doch nicht zu einer Folgerung benützen, welche seiner Absicht direct zuwiderläuft.

Ein wichtiger Unterschied zwischen der durch den oft erwähnten §. 9 gedrohten und der aus L.R.S. 1131. 1133 folgenden Nichtigkeit ist allerdings vorhanden, denn die letztere kann nur eintreten, wenn auch für den Käufer der Liegenschaftskaufvertrag auf einer unerlaubten Ursache beruht, nemlich wenn dieser gleichfalls wußte, daß der Vertragsabschluß das Mittel zur heimlichen Auswanderung des Verkäufers bildete, was bei der Nichtigkeit des §. 9 nicht erforderlich war.

Im Hinblicke auf L.R.S. 1166 und 6ᵃ und nach dem Satze „l'intérêt est la mesure de l'action“ werden daher die Gläubiger des unerlaubt Ausgewanderten befugt sein, auch aus diesem Grunde die fraglichen Kaufverträge insofern anzufechten, als sie ihrer Befriedigung entgegenstehen.

Dr. Buchelt.

III.

1) **Ein Pfandschreiber ist nur für diejenigen Fehler verantwortlich, welche bei der Führung der Pfandbücher und bei der Ausstellung von Auszügen und Zeugnissen aus denselben begangen werden.**

2) **Ein Pfandgericht ist bei Auslassung von Pfandrechten in Pfandbuchsauszügen nur insoweit für Schaden haftbar, als es von den noch bestehenden Eintragungen keine Erwähnung thut.**

L.R.S. 2127a. 2197 Ziff. 2 §. 26 des II. Einf.-Ed.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde in der Sache der Rothburga Guhl gegen Pfandgericht O. das amt-

liche Urtheil, welches die Beklagten zum Schadenersatz verurtheilte, dahin abgeändert,

daß die Klägerin mit der Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

Insoweit mit der vorliegenden Klage der Altrathschreiber Stoll auf Entschädigung belangt ist, erscheint dieselbe schon deßhalb als verwerflich, weil der Rathschreiber als solcher nicht Mitglied des Gemeinderathes ist, welcher das Pfandgericht bildet, und allein für die Fehler verantwortlich ist, welche bei der Führung der Pfandbücher und bei der Ausstellung von Auszügen und Zeugnissen aus denselben begangen werden; er hat auch nicht, wie der kläger'sche Vertreter nachzuweisen versuchte, als Mitglied des Gemeinderaths, sondern ausdrücklich nur als Rathschreiber den Pfandbuchseintrag und den an's großh. Amtsrevisorat eingesendeten Auszug mitunterzeichnet, indem er seiner Unterschrift die Bezeichnung „großh. Rathschreiber" beifügte, wie aus dem in beglaubigter Abschrift vorliegenden Pfandbuchseintrage zu entnehmen ist.

Allein auch bezüglich der übrigen Beklagten, der wirklichen Mitglieder des Gemeinderaths, erscheint die gegen sie erhobene Klage aus folgenden Gründen als verwerflich.

Nach L.R.S. 2127a und §. 26 des II. Einf.-Ed. ist das Pfandgericht als solches bei der Bestellung eines bedungenen Unterpfandes nur verpflichtet, in dem Pfandbuchseintrage und Auszuge zu bemerken, in wie weit das zu verpfändende Gut mit eingeschriebenen Pfand- oder Vorzugsrechten bereits belastet sei, und nach L.R.S. 2197 Ziff. 2 sind sie auch nur insoweit für Schaden verantwortlich, als sie einer oder mehrerer noch bestehender Eintragungen nicht erwähnen. Im vorliegenden Falle ist nun für die Klägerin ein Schaden dadurch eingetreten, daß ihr Schuldner der Vormund seiner minderjährigen Kinder erster Ehe war, und diese mit ihrer Forderung an denselben kraft ihres gesetzlichen Pfandrechtes (L.R.S. 2121. 2135) der Klägerin vorgesetzt wurden, und es ist von den Beklagten zugestanden, daß als zu Gunsten des Rechtsvorfahrers der Klägerin für die von ihm dem Schuldner hinzugebende Darleihe ein bedungenes Pfandrecht bestellt wurde, in dem Eintrage und Auszuge des gesetzlichen Unterpfandsrechtes der Kinder des Schuldners nicht erwähnt worden ist; allein nach Obigem kann hierwegen das Pfandgericht nur dann für den Schaden haftbar gemacht werden, wenn das Pfandrecht der Kinder, auf dessen Grund sie der Klägerin vorgesetzt wurden, eingetragen war. Die Klägerin behauptet dieses unter Berufung auf den Pfandbuchseintrag vom 16. Januar 1829, wonach Jakob Intlekofer, als Beistand der minderjährigen Kinder des Schuldners im Namen derselben vor dem Pfandgerichte erklärte, daß nach Abtheilung laut Inventar vom 21. Februar 1827 der Vater Johann Baptist Stoll den Erbantheil mit 650 fl. 31½ kr. den Kindern schuldig sei, und daß er bitte, den Kindern auf das sämmtliche liegenschaftliche Vermögen ihres Vaters das gesetzliche Unterpfandsrecht einzutragen, und wornach das Pfandgericht dieser Bitte entsprechend, das den Kindern für ihren Erbantheil zustehende Pfandrecht auf das ganze liegenschaftliche Vermögen ihres Vaters eintrug.

Allein dieser Eintrag bezieht sich nur auf das den Kindern als Gemeinschaftstheilhaber auf die zur Gemeinschaft gehörigen Grundstücke zustehende Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 Ziff. 3; keineswegs aber ist durch denselben auch das gesetzliche Pfandrecht, welches den Kindern des Schuldners als Minderjährigen an dem gesammten, gegenwärtigen und zukünftigen liegenschaftlichen Vermögen ihres Vaters, als ihres Vormundes zustund, eingetragen; es ergibt sich dieß daraus, daß nur wegen des Erbantheils ein Eintrag erbeten und gewährt, und daß mit keinem Worte ausdrücklich gesagt ist, daß der Vater nunmehr der Vormund seiner Kinder sei, und daß aus diesem Grunde und zur Kundmachung des den Kindern hierwegen zustehenden Pfandrechts ein Pfandbuchseintrag erbeten und gewährt werde; namentlich ergibt sich Obiges bei Vergleichung des Eintrages mit den der Pfandschreiberinstruktion vom 6. September 1822 beigefügten Formularien, indem er nicht dem Formular B. ad §. 19 (S. 23 der Instruktion) über den Eintrag des gesetzlichen Pfandrechtes der Minderjährigen an dem Vermögen ihres Pflegers entspricht, vielmehr dem Formular G. ad §. 21 (S. 29 der Instruktion) über den Eintrag des Vorzugs-, beziehungsweise Pfandrechts (L.R.S. 2113) der Miterben und zwar wörtlich entspricht.

Nun ist es aber unbestritten, daß die der Klägerin verpfändete Liegenschaft nicht zu denjenigen gehörte, welche auf Ableben der ersten Ehefrau des Schuldners die Gemeinschaftsmasse bildeten und schon zur Zeit des Pfandbuchseintrags vom 16. Januar 1829 dem Schuldner eigenthümlich zugehörten, vielmehr ist sie erst später, im Jahre 1835, von demselben erworben worden; sie war

daher nicht mit dem eingetragenen, den Kindern qua Miterben zustehenden Vorzugs-, beziehungsweise Pfandrechte, sondern nur mit dem nicht eingetragenen Pfandrechte der Kinder qua Minderjährige belastet, und wenn auch das Pfandgericht dieser letzteren Pfandlast nicht erwähnt hat, so kann es nach dem was oben ausgeführt wurde, wegen des der Klägerin durch eben diese Pfandlast zugegangenen Schadens nicht in Anspruch genommen werden.

Hgr.

IV.

1) Der Vertrag, wodurch ein Rathschreiber gegenüber dem Gemeinderath die Mithaftbarkeit für die Fehler in dessen Dienstführung als Pfandgericht übernimmt, bleibt in Kraft, wenn auch in dem Personalbestand des Gemeinderaths Veränderungen vor sich gehen.

2) Die dadurch übernommene Verbindlichkeit des Rathschreibers hat die Folge, daß er dem Pfandgerichte ebenso haftet, wie wenn er ein Mitglied desselben wäre, daß er also auch an dem durch die Zahlungsunfähigkeit einzelner Pfandgerichtsmitglieder entstehenden Verluste participiren muß, für alle Zeugnisse, an deren Ausstellung er Theil nahm, ohne Unterschied haftet, und sich nicht mit der Einrede des eigenen Verschuldens des Pfandgerichts schützen kann.

Durch die in Annalen XXI. S. 317 mitgetheilte oberhofgerichtliche Entscheidung kamen die jetzigen Kläger, das Offenburger Pfandgericht, in die Lage, der badischen allgemeinen Versorgungsanstalt deßhalb eine Entschädigung von 4885 fl. 21 kr. zu bezahlen, weil in ihrem, von dem jetzigen Beklagten Joseph Kornmayer, als damaligem Rathschreiber, mitunterzeichneten Zeugnisse unrichtig beurkundet war, daß auf gewissen Unterpfandsstücken keine uneingetragene, gesetzliche Pfandlast ruhe.

Bei Uebernahme des Rathschreibereidienstes hatte nun der Beklagte mit dem damaligen Gemeinderathe einen Vertrag vom 15. Juni 1835 abgeschlossen, wonach er gegen Zuweisung eines Theils der Gebühren die Mitverantwortlichkeit für alle Einträge in die Grund-, Gewähr- und Pfandbücher nach Maaßgabe der Verordnung vom 2. Juni 1826 übernahm.

Unter der Anführung, daß es neun Pfandgerichtsmitglieder waren, davon aber zwei zahlungsunfähig sind, verlangten die Kläger auf Grund dieses Vertrags von dem Beklagten die Bezahlung von einem Achtel des bezeichneten Schadens. Der Beklagte wendete dagegen ein:

1) daß die Kläger nicht zur Sache legitimirt seien, weil unter ihnen sich nur noch wenige von den Personen befinden, mit welchen er den Vertrag vom 1. Juni 1835 abgeschlossen hat;
2) daß er nur für den Inhalt der öffentlichen Bücher, also nicht für Zeugnisse hafte, und namentlich nicht für solche, welche, wie das hier in Frage stehende, sich auf uneingetragene Lasten beziehen;
3) daß an dem fraglichen Versehen die Kläger ebenfalls Schuld seien, da sie das verschwiegene Pfandrecht kennen konnten, L.R.S. 1148 a.;
4) daß sie zur Zeit noch nichts an ihn fordern könnten, weil sie noch mit Zahlungen an die Versorgungsanstalt im Rückstande seien;
5) daß er nicht Sammtschuldner sei, also auch für die aus der Vermögenslosigkeit einzelner Mitglieder entstehenden Verluste nicht hafte.

Dessenungeachtet wurde er in beiden Instanzen nach dem Klagantrage verurtheilt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Beklagte im Vertrag vom 15. Juni 1835 die Verantwortlichkeit, welche den Klägern als Gewährgerichts- und Pfandgerichtsmitgliedern oblag, mit Bezugnahme auf die landesherrliche Verordnung vom 2. Juni 1826, Reggsbltt. S. 93 (man vergleiche hiemit die Justizministerial-Verordnung vom 2. April 1833, Reggsbltt. No. 15) in gleichem Maaße mitübernommen hat, ohne zwischen eingetragenen und ohne Eintrag wirksamen Pfandrechten zu unterscheiden, indem die angeführte landesherrliche Verordnung vielmehr eine gleichmäßige Vertheilung der Lasten, wie der Vortheile festsetzt; und daß der Beklagte durch Mitübernahme einzelner dienstlicher Lasten, welche aus der mitübernommenen Gewährpflicht herrühren, den Vertrag vom 15. Juni 1835 zu erfüllen hat, mithin nicht durch Berufen auf ein gemeinschaftliches Versehen sich seiner Vertragspflicht entledigen kann;

In Erwägung, daß in Folge des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 11. September 1854 einer der Fälle eingetreten ist, für welche der Vertrag vom 15. Juni 1835 durch vertragsmäßige Vertheilung der Haftungspflicht und des hieraus erwachsenen Schadens vorgesorgt hat, weßhalb die Kläger vom Beklagten nicht nur die Anerkennung der Ersatzpflicht (Pr.O. §. 278), sondern weil die Zahlungspflicht aus der stattgehabten Rechtsverletzung bereits eingetreten ist, die sofortige vertragsmäßige Zahlung des den Beklagten treffenden Antheils der Schuld verlangen können, damit dieser Antheil zugleich mit den übrigen Antheilen im Ganzen (L.R.S. 1244) dem Gläubiger verabfolgt werde, wogegen der Beklagte die vorgängige Befriedigung eines ihn nicht berührenden Gläubigers nicht gleich einem Bürgen verlangen kann, obwohl er nach geschehener Willensäußerung der Kläger und in Gemäßheit des amtlichen Urtheils auch an den Gläubiger unmittelbar zahlen darf, was er schon vor der Klagerhebung hätte thun (L.R.S. 1236. 1240) können und sollen, anstatt seine schuldige Zahlung durch eitle Vorwände hinauszuschieben; das amtliche Urtheil (weil er abweichend von der Klagbitte alternativ zur Zahlung an die Kläger oder an die Versorgungsanstalt verurtheilt ist), als über das Verlangen der Kläger hinausgehend anzugreifen und die Sachlegitimation der die Vertragserfüllung begehrenden andern Parthei zu bestreiten.

In Erwägung endlich, daß der Beklagte, welcher vertragsmäßig die gleichmäßige Mithaftbarkeit der Gemeinderathsmitglieder in seiner Eigenschaft als Rathschreiber übernommen hat, ebendarum auch die Haftbarkeit für etwaige Verluste, welche sich durch die Zahlungsunfähigkeit einzelner Rathsglieder ergeben und sich unter die übrigen Zahlungsfähigen vertheilen, in gleicher Weise mitübernommen hat; weßhalb der Beklagte den Förster'schen Verlust, gleich wie einen etwaigen Billet'schen Verlust mitzuleiden hat, und somit durch das unterrichterliche Urtheil in keiner Weise beschwert erscheint;

In Anwendung des §. 168 der Pr.O. ist &c.

P.

V.

Derjenige, welcher bei der Bestellung von Unterpfändern als Vertragsperson mitgewirkt hat, ist nicht befugt, der Pfandklage die Einrede der Pfandfreiheit nach L.R.S. 2198 entgegenzuhalten.

Gerber Ries hatte im Jahre 1845 bei der badischen allgemeinen Versorgungsanstalt ein zu $4\frac{1}{2}$ pCt. verzinsliches Darleihen von 8000 fl. aufgenommen, wofür theils der Schuldner, theils dessen beide Söhne Franz und Karl eine Reihe von Liegenschaften zu Unterpfand einsetzten. Später erwarb Franz Ries einige der verpfändeten Liegenschaften von seinem Bruder und Vater durch Kauf und Tausch, weßhalb er von der Versorgungsanstalt mittelst Pfandklage auf Abtretung derselben belangt wurde. Dem hielt Franz Ries als Neuheit in II. Instanz entgegen, daß diese Liegenschaften von dem klägerischen Pfandrechte frei geworden seien, weil in verschiedenen von ihm nahmhaft gemachten Pfandschreibereizeugnissen dieser Last nicht gedacht sei, wogegen die klagende Versorgungsanstalt die replica doli vorschützte, welche sie damit begründete, daß der Beklagte als Mitcontrahent bei dem Unterpfandsvertrage mitgewirkt, und die in den Zeugnissen verschwiegene Pfandlast gekannt habe. Auf Grund dieser Replik hat denn auch das mittelrheinische Hofgericht in seinem Urtheile vom 17. August l. J. i. S. Versorgungsanstalt gegen Franz Ries jene Einrede verworfen und das dem Klagantrage entsprechende amtliche Urtheil bestätigt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Da der klägerische Anspruch an sich und im Hinblicke auf L.R.S. 2133 namentlich auch wegen des Ochsenwirthshauses, keinem Bedenken unterliegt, so handelt es sich nur um die von dem Appellanten Franz Ries neu vorgetragene Einrede der Pfandfreiheit. Diese ist nun durch die vom appellatischen Theile vorgetragenen Repliken zerstört.

Aus den von dem Appellanten als richtig anerkannten Urkunden (Pfandbuchauszug und zwei Briefe) ergibt sich nämlich, daß der Appellant bei der Pfandbestellung mitwirkte, also nicht eigentlich der dritte Besitzer der dem klagenden Theile verpfändeten Liegenschaften, sondern vielmehr Mitcontrahent ist. Verträge erfordern aber redlichen Vollzug (L.R.S. 1134. 1135), und das gerade Gegen-

theil hievon ist es, wenn Appellant durch angeblich von ihm erwirkte Pfandschreibereizeugnisse das nach seinen Briefen ihm wohl bekannte Pfandrecht der Klägerin bezüglich der zwei jetzt noch in Frage stehenden Liegenschaften beseitigen will, L.R.S. 2198, welcher ohnehin nur für das Entledigungsverfahren der Sätze 2181 ff. bestimmt und berechnet ist, bezweckt den Schutz des neuen Erwerbers, darf aber nicht dazu dienen, einem Mitcontrahenten wider besseres Wissen und wider seine vertragsmäßigen Pflichten Vortheile zu verschaffen. Bezüglich des Gartens auf dem Schleiergrün ist dieß um so klarer, als derselbe ausweislich des Briefs vom 16. Januar 1851 zur Zeit der Verpfändung gemeinsames Eigenthum der beiden Pfandbesteller war.

Bei der Bestätigung entstand die Frage, ob nicht das Urtheil insofern anders zu fassen sei, als der Unterrichter den Beklagten verurtheilt hatte, die fragliche Liegenschaften an die Klägerin abzutreten? Nach L.R.S. 2170 ff. unterliegt es nämlich keinem Zweifel, daß der Pfandkläger keinerlei Recht auf eine Adjudikation der verpfändeten Liegenschaften hat, sondern daß lediglich dieselben im Zwangswege versteigert werden, und der Erlös dem Pfandkläger nur soweit zufällt, als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, und als derselbe ein Recht hat, anderen etwa vorhandenen Pfandgläubigern vorzugehen. Demnach war offenbar die Fassung des amtlichen Urtheils nicht richtig. Man hielt es jedoch für genügend, in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen zu sagen, daß die betreffende Stelle des unterrichterlichen Urtheils selbstverständlich dem Kläger nur das Recht auf Zwangsversteigerung einräumen wolle und könne.

Dr. Puchelt.

VI.

1) In welcher Weise hat ein Gläubiger die ihm gegen seinen Schuldner zustehenden Rechte geltend zu machen, wenn dieser von dem Erblasser im Testamente rechtswidrig seines Pflichttheils entsetzt worden ist, und sich bei dem Testamente beruhigt hat?

L.R.S. 788. 913. 920. 1166. 1167.

2) Die Klagefrist des L.R.S. 1167 läuft auch dann, wenn die Kenntniß der gefährdevollen Handlung dem Gläubiger bei Gelegenheit einer von ihm vorgenommenen dienstlichen Handlung möglich geworden ist.

L.R.S. 1167a.
Oberhofg. Jahrb. n. F. I. S. 431, XIII. S. 48.
Annalen 1848 S. 238.

Die Wittwe Barbara Willmann und ihre Kinder schuldeten dem Lorenz Willmann je die Hälfte von 254 fl. Die Mutter dieser Barbara Willmann starb i. J. 1851 mit Hinterlassung eines Testaments, worin sie diese ihre Tochter enterbte, und deren Antheil ihren Kindern zuwandte. Die Enterbte, und der für ihre Kinder aufgestellte Pfleger erkannten dieses Testament an, und im Februar 1853 wurde die Theilung beendigt. Durch die Anerkennung dieses Testaments, welches die Barbara Willmann insoweit hätte anfechten können, als ihr dadurch der Pflichttheil rechtswidrig entzogen worden war, verlor Lorenz Willmann, der Kläger, die Möglichkeit auf den seiner Schuldnerin in Aussicht gestellten Erbtheil aus der Verlassenschaft ihrer Mutter zu greifen, um sich dadurch bezahlt zu machen. Um diesen Verlust abzuwenden, stellte er eine Klage gegen die Barbara Willmann an, deren Begehren dahin gerichtet wurde:

> das Testament sei in Betreff der Enterbung der Barbara Willmann, und die darauf geschehene Zuweisung von 4200 fl. an die Johann Willmann'schen Kinder für ungültig zu erklären.

Das mittelrheinische Hofgericht bestätigte das die Klage abweisende amtliche Erkenntniß, und zwar aus folgenden

Gründen.

Das Klaggesuch ist unbegründet. Indem der Kläger das Testament für ungiltig erklärt wissen will, macht er nicht von dem L.R.S. 788 Gebrauch. Denn die Rechtswohlthat dieses Satzes, wornach sich der Gläubiger bei Gericht ermächtigen lassen kann, eine seinem Schuldner angefallene Erbschaft in dessen Namen, und statt seiner anzunehmen, kann dem Kläger im vorliegenden Falle nicht zu gut kommen, weil seiner Schuldnerin eine Erbschaft gar nicht angefallen ist. Dieselbe war vielmehr nur in der Lage, durch die Erhebung einer Klage zum Behufe der Hinwegräumung des dem Erbanfalle im Wege stehenden Testaments eine Erbschaft zu erlangen.

Statt dessen aber hat diese Schuldnerin das Testament anerkannt. Diese Handlung war es daher, gegen welche die Klage gerichtet werden mußte, und gegen welche sie unter Verbesserung des Klaggesuchs in zweiter Instanz auch gerichtet wurde.

Allein wenn man diese nach §. 304 Pr.O. unstatthafte Aenderung des Klaggesuchs auch zulassen wollte, so steht dieser in L.R.S. 1167 ihre Begründung findenden Klagebitte die Verjährung aus L.R.S. 1167a entgegen. Denn diese Gesetzesstelle schließt die Anfechtung gefährdevoller Handlungen der Schuldner nach Ablauf eines Jahrs nicht nur dann aus, wenn der Gläubiger früher davon Kenntniß erhalten hat, sondern auch dann, wenn es ihm nur, gleichviel in welcher Weise, möglich war, davon Kenntniß zu erlangen. Nun aber hatte der Kläger schon i. J. 1852 in seiner Eigenschaft als Mitglied des Waisengerichts von dem Testamente der Mutter seiner Schuldnerin Kenntniß erlangt. Er mußte durch die darin verfügte Ausschließung derselben von der mütterlichen Erbschaft darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Willmann'schen Ehefrau im Falle der Anerkennung des Testaments ein Vermögenszuwachs entgehen werde. Er hätte dieses um so weniger aus dem Auge lassen sollen — als ihm schon aus der vorausgegangenen Willmann'schen Gant klar werden mußte, daß, wenn der Willmannschen Ehefrau ihr Pflichttheil aus der mütterlichen Erbschaft entging, keine Vermögenstheile vorhanden sein würden, welche ihm als Vollstreckungsgegenstände dienen könnten. Die Möglichkeit von der gefährdevollen Handlung seiner Schuldnerin, welche in dem Verzichte derselben auf Geltendmachung ihres Notherbrechts lag, Kenntniß zu nehmen, war ihm somit keinenfalls entzogen. Seit Beendigung jener Theilung bis zur Anstellung der Klage ist aber mehr als ein Jahr verstrichen. Die Klage konnte daher nach L.R.S. 1167a nicht mehr angestellt werden.

Ottendorff.

VII.

Ist der Bauherr schuldig, die von der Kirche abgesonderte Begräbnißstätte, weil er sie früher einmal auf eigenem Grund und Boden hergerichtet hatte, in Zukunft zu unterhalten und zu erweitern?

Annalen XXII. 148.

Auf die von der Gemeinde Schuttern ergriffene Oberberufung wurden die gleichförmigen Urtheile der vordern Instanzen bestätigt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Entscheidung der hier zu lösenden Frage kann vollständig aus dem Eingange und dem §. 28 des Bauedicts von 1808 (Reg.-Bl. No. 13) geschöpft werden.

Der §. 28 behandelt die über Begräbnißstätten maaßgebenden Rechtsgrundsätze und unterscheidet zwischen solchen Stätten, welche um die Pfarrkirche herum angelegt sind, und gleichsam den Vorhof der Kirche bilden und zwischen solchen Stätten, die an einem von der Kirche abgesonderten Orte angelegt sind. Nur bei den Erstern sollen auch die in dem (nach seinem Eingange die Kirchen- und Schul-Baulichkeiten betreffenden) Edicte aufgestellten Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, aber auch nur bezüglich der Baulichkeiten, wie der Umfassungsmauer; während — wie aus dem Gegensatze folgt — bezüglich der abgesonderten Begräbnißstätten jene Grundsätze nicht gelten sollen, „weil der Gottesacker (überhaupt) bezüglich seiner Anschaffung, Unterhaltung und Zugehörde in der Regel eine Last der weltlichen Gemeinde sei.“

Hieraus ergibt sich, daß bei Begräbnißstätten der letzteren Art (bei getrennten) die Anschaffung oder vorgenommene Reparatur durch Jemanden Andern als die Gemeinde für sich allein (ohne hinzukommenden besonderen Verpflichtungsgrund auch für die Zukunft) für jene nicht als ein Baufactum im Sinne des Bauedicts, sondern lediglich als eine — für die Zukunft nicht verpflichtende — res merae facultatis betrachtet werden kann.

Als Letzteres ist denn auch hier die Handlung des Rechtsvorfahren des Beklagten zu erachten und es steht auch der entgegengehaltene §. 31 des Bauedicts nicht im Wege, weil es sich hier nicht nur um keinen Baufall im Sinne des Gesetzes, sondern auch um keinen unaufgeklärten Fall handelt, indem der §. 28 des Gesetzes vollkommen maaßgebend erscheint.

Die Klägerin ist sonach durch das abweisende Urtheil nicht beschwert ꝛc.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 45.** **Mannheim**, 3. November **1855.**

I.

1) Ist der Gantanwalt befugt, auf eine nach Erlassung des Ausschlußerkenntnisses, ohne rechtzeitige Wiederherstellung eingebrachte Anmeldungsklage sich einzulassen?

2) Hat seine Einlassung auf eine solche verspätete Anmeldung die Folge, daß nun die Gantmasse ihre durch das Ausschlußerkenntniß erworbenen Rechte verliert?

Pr.O. §§. 817. 821. 829. 793. 804. 884.

3) Ist die Forderung eines Handelsgesellschafters aus der Gesellschaft gegen seinen verganteten Mitgesellschafter in der Gant anzumelden, und der Gantrichter competent, über eine solche Forderung zu erkennen? oder

4) gehört die Sache vor ein Schiedsgericht? *)

L.R.A.S. 51.
Pr.O. §. 817. 821.

*) Stempf, Gantverfahren §. 5 S. 11 ist der Ansicht: „daß Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten stets durch Schiedsrichter entschieden, und Lehensachen vor das Lehengericht gebracht, die Forderungen aber, zum Zweck der Befriedigung aus der Gantmaße bei dem Gantgericht angemeldet, und das dafür etwa anzusprechende Vorzugs- oder Unterpfandsrecht begründet und nachgewiesen werden." Dort auch Literatur.

Pardessus Code de com. II. 1002.
Rogron Code de com. zu Art. 48.

Gerichtsstand bei Ganten, anziehende Kraft des Gantprozesses von Rüßlin in Annalen 1846 No. 17 S. 134 4.

Linde, Civilprozeß §. 434 e.

Entscheidung des Gerichtshofes zu Paris. Sirey 1833 II. S. 513, zu Bordeaux Sirey 1831 II. S. 339.

5) Haben auch dann Schiedsrichter zu erkennen, wenn der Gesellschaftsvertrag den Vorschriften des Handelsrechtes nicht entspricht?

L.R.A.S. 42—44.

Finanzrath Dietz, August Wilhelm Sievert und August Friedrich Sievert bildeten unter der Firma: „Sievert und Comp. in Mühlburg" eine Gesellschaft zur Fabrikation von Krapp, welche auch längere Zeit bestand. Im Dezember 1840 starb August Friedrich Sievert, wodurch diese Gesellschaft aufgelöst wurde. Durch einen zwischen den zwei übrigen Gesellschaftern abgeschlossenen Vertrag gingen alle Rechte und Pflichten des August Wilhelm Sievert auf Finanzrath Dietz über. Die Verlassenschaft des August Friedrich Sievert wurde verGantet.

Die Richtigstellungstagfahrt war am 21. April 1845. Darin meldete der Vertreter der Rechtsnachfolger des mittlerweile auch gestorbenen Finanzraths Dietz, deren Ansprüche im Allgemeinen dahin an, daß das Gesellschaftsvermögen zuvörderst richtig gestellt und getheilt werde.

Es wurden nun dem Liquidanten mehrfache Fristen zur bestimmteren Aufstellung seiner Forderungen gegeben, worauf er endlich am 29. Juli 1845 eine Anmeldungsklage einreichte, womit er beanspruchte:

I. Diejenigen Summen, welche August Friedrich Sievert, als Mitglied der Gesellschaft „Sievert und Comp. in Mühlburg" an die Gesellschaft angeblich schuldete.

II. Das Eigenthum der Gesellschaft an den Fabrikgebäuden auf Mühlburger Gemarkung, welche im Grundbuche auf den Namen des August Friedrich Sievert eingetragen sind.

Wie weit man auch den Inhalt der beiden Anmeldun-

gen vom 21. April, und vom 29. Juli 1845 ausdehnen will, immerhin stellen sie sich als Forderungen dar, welche die Rechtsnachfolge zweier Gesellschafter an die Gantmasse des dritten Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrage, und dem Bestehen der Gesellschaft selbst herleiten.

Nachdem die gepflogenen Verhandlungen lange Zeit geruht hatten, erging am 25. August 1850 auf Antrag des Gantanwaltes das Ausschlußerkenntniß.

An die Stelle des liquidantischen Anwalts, des Advokaten Ziegler, welcher in Folge der Revolution flüchtig wurde, war inzwischen ein anderer Anwalt für die Kläger aufgetreten.

Auf den Grund einer vom großh. Amtsrevisorat auf gantrichterliche Veranlassung im April 1847 vorgenommenen Theilung reichte der neue liquidantische Anwalt einen die früheren Anmeldungen vom Juli 1845 modificirenden Vortrag in der Eingabe vom 8. September 1850 ein: darin führte er an, daß sich die Rechtsnachfolger des Dietz im Besitze des ganzen Gesellschaftsvermögens befänden, und zu deren Behauptung es keiner gerichtlichen Schritte bedürfe; die Anmeldung der Ansprüche daher nur zur Vorsicht geschehe. Bezüglich der Fabrikgebäude war bemerkt, daß diese nebst Wohnhaus und Zugehörden Alleineigenthum des Finanzrathes Dietz gewesen seien, da sie dieser mit seinem Gelde angeschafft, der Gantmann sie auch mehrfach als dessen Alleineigenthum anerkannt habe. Schlimmstenfalls seien sie gemeinschaftliches Eigenthum zwischen Dietz und der Fabrikationsgesellschaft gewesen, als welches sie in der Theilung vom Jahre 1847 vom Massepfleger und August Wilhelm Dietz anerkannt worden seien. Der Antrag bezüglich dieser Liegenschaften ging dahin, daß dieselben als Alleineigenthum des Dietz, fürsorglich: daß sie als Gemeinschaftseigenthum des Dietz und der Gesellschaft anerkannt würden.

Die Dietz'schen Erben traten somit hier, hinsichtlich dieser Liegenschaften nicht als Gesellschafter, als Kläger aus dem Gesellschaftsvertrage, sondern mit der Eigenthumsklage als Vindicanten, der Gesellschaft gegenüber, als dritte Personen auf.

Der Gantanwalt ließ sich gleichwohl hierauf ein, indem er die Richtigkeit der Ansprüche bestritt. Es wurden weitläufige Beweisverhandlungen gepflogen. Im Endurtheile erkannte der Gantrichter:

daß der Antrag der Dietz'schen Erben „ihnen „persönlich die in der Gantmasse befindliche Mühlburger Krappfabrik als Alleineigenthum, „oder als Miteigenthum, kraft Absonderungs„rechtes zuzusprechen," als verspätet, in gegenwärtiger Gant für nicht mehr zuläßig, und darum für unstatthaft zu erklären sei.

Das mittelrheinische Hofgericht hat diesen Ausspruch bestätigt. Der hierher gehörige Theil seiner Entscheidungsgründe lautet:

„Der Anspruch auf das Sondereigenthum der Fabrikgebäude setzt den Kläger gerade in Gegensatz zur Gesellschaft, da er nicht als Gesellschafter, sondern nur ganz abgesehen von dieser Eigenschaft die Liegenschaft als zu seinem Sondervermögen gehörig, sei es von der Gesellschaft selbst, oder einem Dritten erwerben und besitzen konnte. Mit Recht wurde daher von dem Unterrichter angenommen, daß dieser Anspruch, als ein von dem Begehren in den Anmeldungen vom 21. April und 29. Juli 1845 ganz verschiedener, und da er erst nach längst erfolgter Einlassung der Gant auf die früheren Anmeldungen des Klägers vorgetragen wurde, ein neuer unzuläßiger Anspruch sei. (Pr.O. §. 817 und ff.) Die Kläger glauben zwar die Statthaftigkeit dieses Anspruchs darauf gründen zu können, daß sich der Gantanwalt zuerst ohne Verwahrung darauf eingelassen habe.

Hiezu war jedoch der Gantanwalt ohne den Massepfleger, welcher hier den Gantschuldner vertritt, nach §. 829, vrgl. mit §. 787 Abs. 1 der Pr.O. nicht befugt. Diese Einlassung enthielte die Vergebung des der Gant erworbenen Rechts, daß nur die vom Kläger in seiner ersten Anmeldung vorgetragenen Ansprüche berücksichtigt werden.

Einen solchen Verzicht konnte nach §. 804 der Pr.O. nicht einmal der Massepfleger rechtsgiltig ohne Zustimmung der Gläubiger erklären, geschweige denn der Gantanwalt, welcher das Massevermögen nicht verwaltet. Dieß mußte dem Kläger bekannt sein, und war es daher an ihm, eine die Gantmasse verpflichtende Erklärung auf seinen neuen Anspruch zu veranlassen; und hat er sich selber die durch den Mangel einer solchen entstandenen Folgen zuzuschreiben. — —"

Hinsichtlich des oben unter II. erwähnten Begehrens der Anmeldungsklage vom 29. Juli 1845 erkannte der Gantrichter definitiv abweisend, hinsichtlich der unter I. aber dahin:

daß der Antrag des klagenden Theils, die strei-

tigen Ansprüche der einzelnen Gesellschafter an das Gesellschaftsvermögen vor dem Gantgerichte auszutragen, als dahier nicht stattfindend zu verwerfen sei.

Der letztere Theil dieses Erkenntnisses wurde ebenfalls bestätigt, der erste aber dahin abgeändert:

daß auch dieser Anspruch vor ein Schiedsgericht zu verweisen sei.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Die Ansprüche I. und II. haben dagegen unzweifelhaft ihren rechtlichen Entstehungsgrund in der durch den Tod des A. Friedrich Sievert aufgelösten Gesellschaft „Sievert u. Comp." Da diese Gesellschaft unbestritten eine Handelsgesellschaft war, so würde der Streit über diese Ansprüche als ein solcher unter Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten nach H.R.S. 51 zum Austrag vor Schiedsrichter gehören.*) Der Umstand, daß längere Zeit ohne Einwendung Seitens der Parteien über diese Ansprüche vor dem ordentlichen Richter verhandelt wurde, kann die Verweisung an ein Schiedsgericht nicht hindern, weil der H.R.S. 51 nicht zu Gunsten gewisser Personen, und nur deßhalb, in welchem Falle ein Verzicht zuläßig wäre — sondern öffentlich rechtlich, und darum von der Vereinbarung der Parteien unabhängig, den Gerichtsstand in Streitigkeiten dieser Art festsetzt.

Ebensowenig steht entgegen, wenn nach der Behauptung der Beklagten bei Abschluß der Gesellschaft die Förmlichkeiten des H.R.S. 22. 42—44 nicht beobachtet worden, denn eine Handelsgesellschaft war nichts destoweniger nach Zweck und Inhalt des Vertrages und unbestritten vorhanden, (vrgl. H.R.S. 1 Abs. 4.) Die Theilnehmer waren daher Handelsgesellschafter und ihre Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten sind von Schiedsrichtern zu entscheiden, gleichgiltig, ob der Gesellschaftsvertrag nichtig oder rechtsbeständig ist. In beiden Fällen werden die Schiedsrichter davon ausgehen, daß eine Handelsgesellschaft vorliegt. Im ersteren Falle werden sie die Grundsätze zur Anwendung bringen, welche beim Mangel eines Gesellschaftsvertrags gelten, im zweiten Falle werden sie nach dem Inhalte des Vertrages bestimmen, was Rechtens ist.

*) Siehe über diese Frage den folgenden Aufsatz II. 3. S. Dantes gegen Häberle.

Es entsteht nun noch die Frage, ob nicht dennoch der ordentliche Richter, hier das Gantgericht, aus dem Grunde zur Verhandlung und Entscheidung dieser Streitigkeiten zuständig sei, weil über die Verlassenschaft des Gesellschafters, an welchen die Ansprüche erhoben werden, die Gant ausgebrochen ist. Die Kläger behaupten dieß mit Beziehung auf die §§. 7. 777. 801 der Pr.O. Die verneinende Beantwortung dieser Frage ist aber darum die richtige, weil die s. g. Anziehungskraft der Gant sich nur auf die Nothwendigkeit der Anmeldung aller Ansprüche bei dem Gantgerichte, und die Zuständigkeit dieses zur Verhandlung und Entscheidung über alle diejenigen streitigen Ansprüche, welche nach der Wahl des Gläubigers bei dem allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners, oder bei dem nach Beschaffenheit des Falles etwa begründeten besondern Gerichtsstand angebracht werden konnten, nicht aber auch auf die Zuständigkeit zur Entscheidung über die streitigen Ansprüche sich erstreckten, für welche das Gesetz, wie im vorliegenden Falle, vermöge ihrer besondern rechtlichen Natur, aus öffentlich rechtlichen Gründen, ganz abgesehen von dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners, somit ohne dem Gläubiger ein Wahlrecht zu belassen, den Gerichtsstand festgesetzt hat, und welche Streitigkeiten darum auch nicht von dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners im Falle der Gant, d. i. von dem Gantgerichte angezogen werden können. Das hiergegen erhobene Bedenken, daß unter diesen Annahmen es dem Belieben des Klägers anheimgegeben sei, ob, und wann er seine Ansprüche auf ein Schiedsgericht austragen wolle, und damit auch die Beendigung der Gant von des Klägers Willkühr abhängig wäre, ist unbegründet, weil alle Ansprüche unter Gesellschaftern die Natur von Theilungsklagen haben, welche in dem Sinn gemischte sind, daß jeder Betheiligte, somit hier auch die Gantmasse als Kläger auftreten, und die Theilung, d. i. die richterliche Festsetzung über die gegenseitigen Ansprüche verlangen kann. —

Nach Vorstehendem ist die Verfügung des Unterrichters, womit er die Verhandlung und Entscheidung der Eingangs unter Ziff. I. bezeichneten Forderung des Klägers als vor dem Gantgericht nicht stattfindend erklärt hat, vollkommen gerechtfertigt. Aus den gleichen Gründen hätte er die gleiche Verfügung rücksichtlich des Anspruches unter II. erlassen und nicht in der Sache selbst entscheiden sollen; denn es unterscheidet sich dieser Anspruch seiner rechtlichen Natur nach in keiner Weise von den Forderungen unter I.

und war darum nach H.R.S. 7 auch der Streit über diesen Anspruch von den Gerichten ab, und an Schiedsrichter zu verweisen."

Otf.

II.

1) Merkmale der Unterscheidung zwischen der Vereinigung Mehrerer zu einer besonderen bürgerlichen Gesellschaft und zu einer Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen. *)
L.R.S. 1841. 1842. L.R.A.S. 47.

2) Eine Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen ist eine Gattung der Handelsgesellschaften **), L.R.A.S. 47, und

3) unterliegt als solche der Vorschrift des L.R.A.S. 51.

4) Diese Vorschrift ist zwingender Natur, und es steht den Handelsgesellschaftern nicht frei, durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft — Prorogation — ihre Streitigkeiten vor die ordentlichen bürgerlichen Gerichte zu bringen ***).

5) Es kann selbst das Gericht, welches ohne Schiedsvertrag das in erster Instanz zuständige Gericht

---

*) Pardessus Cod. de com. t. IV. No. 1045. Delangle t. II. No. 606 u. flgd. Troplong, Traité des société sect. II. No. 317 flgd., insbesondere No. 329.

**) Annalen 1835. S. 21 (siehe folgende Note). Merlin, société sect. II. §. III. Art. 1. Sommer und Lauckhardt Rechtsfälle V. S. 171. Dort auch Entscheidungen franz. Gerichtshöfe und ein aus Locré legislation de la france t. XVII. p. 361. 362. No. 5. 6 entnommener Theil des Vortrags, welchen Jard Panvillier über die 10 ersten Titel des H.R. an das Tribunat erstattet hat. Hier ist nicht nur mit aller Bestimmtheit gesagt, daß diese Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen eine Gattung der Handelsgesellschaften seien, sondern auch, daß diesen Gesellschaftern obliege, ihre Gesellschaftsstreitigkeiten durch Schiedsrichter schlichten zu lassen. Rogron Code de com. zu Art. 19 und 48. Pardessus cours de droit com. (Brüsseler Ausgabe von 1839) Bd. III. No. 1003. 1044. Hier ist überall die gleiche Ansicht vertreten. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß Pardessus in No. 50. 2. S. 187, was den inneren Charakter dieser Handelsverbindungen betrifft, sie aller wesentlichen Eigenschaften einer jeden Gesellschaft entkleidet findet. Er sagt darüber: Il s'ensuit, que l'association en participation n'a ni nom, ni raison, ni signature sociale, ni siège etc. Brauer pflichtet selbst in formaler Beziehung dieser letzteren Ansicht bei. Bd. IV. S. 394 zu Satz 47—50.

D. Eins.

***) Annalen 1835 S. 22, 1842 S. 209, 1843 S. 151, 1844 S. 28, 1845 S. 296; Obkircher allein führt in Annalen X. S. 7 die entgegengesetzte Ansicht aus. Die Zulässigkeit der Prorogation insbesondere wird bestritten in Annalen 1835 S. 8 (Entscheidung des oberrhein. Hofgerichts), 1838 S. 9, 1839 S. 14, 1840 S. 295, 1845 S. 245, 1848 S. 218. Entscheidungen französischer Gerichtshöfe in diesem Sinne finden sich in Thilo zu L.R.A.S. 51 No. 6. Gilbert Code annoté de com. zu Art. 51 No. 3. Pardessus Code de droit com. III. No. 1001 S. 495. Rogron Code de com. zu Art. 48. Dagegen finden sich entgegengesetzte Entscheidungen bei Thilo zu S. 51 No. 7, bei Gilbert zu Art. 51 No. 2. 3. Die Zulässigkeit der Prorogation ist ausgeführt in Sommer u. Lauckhardt, Rechtsfälle III. S. 316, woselbst auch Entscheidungen des Cassationshofes und des Appellhofes von Bordeaux angeführt sind, wornach die Prorogation an die ordentlichen Gerichte zugelassen, jene an die Handelsgerichte als exceptionelle Richterbehörden aber ausgeschlossen ist. — Jahrbücher des Oberhofg. n. F. 1845/46 S. 15, insbesondere auch S. 18. — Dieselbe Ansicht hat auch das großh. Oberhofgericht im Mai 1854 in der Sache Levis gegen Höber festgehalten. Seine Entscheidungsgründe lauten: „Die Beklagten beschweren sich zunächst darüber, daß die von ihnen im zweiten Rechtszuge vorgeschützte Einrede der Inkompetenz des Gerichts nicht berücksichtigt worden sei. Allein, wenn auch der vorliegende Prozeß einen Streit der Handelsgesellschafter über einen Gegenstand betrifft, welcher nach Art. 51 des H.R.S. zum Austrag vor einem Schiedsgerichte sich eignete, so ist dennoch jene Beschwerde nicht begründet, weil dadurch daß der Rechtsvorfahrer der Beklagten ohne jene Einrede vorzuschützen, sich bei dem Stadtamte Karlsruhe auf die Klage eingelassen hat, letzteres Gericht durch stillschweigende Prorogation zuständig geworden ist, und diese Zuständigkeit durch die erst in der Appellationsinstanz nachgeschobene Einrede der Inkompetenz nicht wieder aufgehoben werden konnte. §§. 32. 34. 35. 37. 1221 der alten, §§. 29. 31. 32. 34. 1172 der neuen Pr.O. „Mit Unrecht behaupten die Beklagten, daß in den Fällen des Art. 51 den ordentlichen Gerichten die Gerichtsbarkeit schlechthin entzogen, und deßhalb jene Prorogation an dieselben unstatthaft sei. Denn jener Art. gebietet keineswegs, daß in handelsgesellschaftlichen Streitigkeiten die ordentlichen Gerichte unter allen Umständen der Entscheidung sich enthalten müssen, vielmehr verweist derselbe nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit Streitigkeiten jener Art vor Schiedsgerichte, das aber nicht ausschließt, daß die Betheiligten, wenn sie es im einzelnen Falle vorziehen, auch vor den ordentlichen Gerichten ihren Streit austragen dürfen. Ebensowenig läßt sich zur Begründung der Unzulässigkeit der Prorogation anführen, daß die Vorschrift des S. 51 auf dem öffentlichen Interesse beruhe. — Dieß ist zwar allerdings insofern richtig, als ein solches öffentliches Interesse bei der Normirung der objektiven Gerichtszuständigkeit überhaupt zu berücksichtigen ist. Dagegen liegt kein öffentliches Interesse in dem Sinne dabei vor, daß Gründe der Staatsordnung der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte entgegenständen, und die Entscheidung durch Schiedsgerichte erheischten; vielmehr beruht, wie bereits erwähnt,

gewesen wäre, durch **Prorogation** nicht zum Schiedsgerichte erhoben werden. *)

Pr.Ord. §. 198. 196. 197.

J. S. Dantes gegen Häberle.

Die würtembergische Eisenbahnbau-Inspection in Bruchsal bedurfte einer Quantität Kies zur Ueberführung einer Strecke der von Bruchsal zum Anschluß an die würtembergischen Bahnen zu erbauenden Eisenbahn. Sie schloß zu diesem Behufe einen Vertrag mit den Bruchsaler Bauern Dantes und Häberle ab, welche es übernahmen, 260 Kubikruthen Kies, die Ruthe für 33 fl. auf die der Beschotterung bedürftigen Stellen zu liefern, und dort die Ausbreitung und Ebenung des Kieses selbst zu besorgen. 184 Kubikruthen Kies hatten sie bereits geliefert, und die Beschotterung und Ebennung der Bahnstrecken besorgt, als unter ihnen Streit entstund wegen des Rechtes, die dafür von der Bahnbaukasse deponirten Gelder zu beziehen. Die Partien waren nämlich unter sich dahin übereingekommen, daß je nach der Zahl der von Jedem gelieferten Wagen Kies der Gewinn getheilt werden sollte, und nun bestritt Einer dem Andern, daß er die von ihm behaupteten Lieferungen von Kies und Arbeiten bewerkstelligt habe. Zur Regelung dieses Streits hatte Dantes den Häberle vor dem ordentlichen Richter des großh. Oberamtes Bruchsal belangt. Der Beklagte ließ sich auf die Klage ein, und nach gepflogenen Verhandlungen erkannte der Unterrichter nur bezüglich eines unbedeutenden Theiles der deponirten Summe zu Gunsten des Klägers. Dieser appellirte. Die Beschwerdeschrift wurde zur Vernehmlassung hinausgegeben, und erst in dem nun einkommenden Schriftsatze schützte der von dem Rechte der Anschließung Gebrauch machende Appellat die Einrede der Unzuständigkeit der ordentlichen bürgerlichen Gerichte vor, indem er behauptete, daß unter den Parteien eine Verbindung zu einem einzelnen Handelsunternehmen im Sinne des L.R.A.S. 47 bestehe, deren Streitigkeiten nur durch Schiedsgerichte nach H.R.S. 51 geschlichtet werden dürften.

Die erste zur Entscheidung vorliegende Frage war daher, ob hier wirklich eine solche **Handels**verbindung *) vorliege. Der Stand der Parteien, Bauern, deren gewöhnlicher Beruf die Landwirthschaft, und keineswegs die Betreibung eines Handelsgeschäftes ist, die Natur der in Frage stehenden Arbeiten, Beifuhr von Kies, rohe, von jedem Taglöhner leicht zu bewerkstelligende Arbeiten, welche sie theils selbst thaten, theils durch Handarbeiter verrichten lassen konnten, der zu den Arbeiten zu verwendende ordinäre und beinahe werthlose Stoff, Kies, den sie auf ihren eigenen Grundstücken holten, schien dagegen zu sprechen, daß man die gemeinschaftliche Uebernahme einer solchen aus Beschaffung des Stoffes und niedrigen Diensten gemischten Leistung als eine **Handels**unternehmung und nicht vielmehr als eine besondere Gesellschaft im Sinne des Satzes 1842 behandelte. Das mittelrheinische Hofgericht entschied jedoch, daß hier eine Handelsverbindung im Sinne des H.R.S. 47 vorliege; und gewiß mit Recht. Es ist zwar richtig, daß die Behauptung, die Parteien seien in der Absicht und Hoffnung zusammengetreten, durch ihre gemeinschaftliche Unternehmung einen Gewinn zu machen, nichts entscheiden kann; denn dieses Merkmal ist auch den bürgerlichen Gesellschaften eigen, L.R.S. 1832, und ebensowenig ist die Behauptung von Gewicht, daß die Unternehmung behufs der Herstellung einer Eisenbahn gemacht worden sei. Denn wenn auch darüber unter den Rechtsgelehrten kein Streit herrscht, daß so großartige Unternehmungen wie die Herstellung von Eisenbahnen, von Dampfschifffahrten u. dgl. als Handelsunternehmen zu betrachten sind, wenn dieselben auch nicht unmittelbar Waaren produciren, deren Absatz auf Gewinn oder Verlust Gegenstand des Unter-

---

die Bestimmung des §. 51 nur darauf, daß der Gesetzgeber die Schiedsgerichte für Streitigkeiten in Handelsgesellschaftsangelegenheiten als die für die Betheiligten zweckmäßigsten Gerichte erachtet hat. — Dafür und folgeweise für die Statthaftigkeit der Prorogation sprechen auch die Bestimmungen des zur Zeit der Einlassung auf die Klage bestandenen, sowie auch des jetzt geltenden Prozeßgesetzes, indem darnach bei Streitigkeiten jener Art jedes inländische Gericht als Schiedsgericht gewählt werden darf. §§. 187. 197 der alten, §§. 188. 189 der neuen Pr.O., was nicht gestattet sein könnte, wenn die Prorogation an die ordentlichen Gerichte schlechthin hätte ausgeschlossen werden wollen. Dafür zeugt ferner der §. 32 der alten Pr.O., indem er die Ausnahmen, in denen keine Prorogation statt findet, speciell bezeichnet, und damit die Beschränkung auf diese Ausnahmen ausgesprochen hat."

D. C.

*) Annalen 1845 S. 296.

D. C.

*) So wurde die Unternehmung zur Ausbesserung öffentlicher Wege, und zum Ankauf der dazu nöthigen Steine als eine commercielle im Sinne des Art. 632 des C. de com. (Satz 1 des Anhangs zum L.R.) von dem Gerichtshofe zu Caën anerkannt.

Sirey XVIII. II. S. 350. D. C.

nehmens ist, so kann doch nicht jede Arbeit, welche für ein solches Unternehmen geliefert wird, ebendeßhalb der Charakter des Unternehmens selbst beigelegt werden.

Dagegen sind es zwei Rücksichten, welche diesem „Accord," wie die Parteien ihr Geschäft bezeichneten, den Charakter einer Handelsverbindung verleihen.

1) Der Hauptgegenstand ihrer Leistungen bestand in einer Lieferung. Der Handelsrechtssatz 1 bezeichnet jede „Unternehmung in Lieferungen" als eine Handelssache, die Verbindung zu einer solchen Lieferung muß daher auch als eine Verbindung zu einer Handelsunternehmung betrachtet werden. Welcher Beschaffenheit der zu liefernde Stoff ist, das muß als ganz gleichgültig angesehen werden. Das tägliche Leben zeigt uns, was Kunstfleiß und Betriebsamkeit aus den geringfügigsten Stoffen zu fertigen vermögen. Die verachteten Lumpen sind ein wichtiger Handelszweig geworden, warum sollte Kies nicht Gegenstand des Handels sein können? Die Beschaffenheit des Stoffes ist es daher nicht, was entscheiden kann, sondern die Menge desselben. Wenn es zwei Bauern unternehmen, eine Hofraithe mit Kies zu beschottern, wird Niemand von einer „Lieferung" sprechen.

Hier aber stand die Beischaffung und Ausbreitung von 260 Kubikruthen Kies in Frage, wofür die würtembergische Bahnbauinspection troß der Gewöhnlichkeit und Werthlosigkeit des Werkstoffes, und der Niedrigkeit der darauf zu verwendenden Arbeit die Summe von 8580 fl. zu zahlen versprochen hatte. Dafür gibt das Gesetz allerdings keinen Maßstab an die Hand, wo ein Dienstverding aufhört, und eine Lieferung beginnt. Es muß daher das vernünftige Ermessen des Richters im einzelnen Falle die richtige Grenze finden, und dieß wird, wenn es sich um eine so große Menge des zu liefernden Stoffes handelt, wie hier, nicht mehr von einem gewöhnlichen Dienstverding, sondern gewiß von einer „Unternehmung in Lieferung" im Sinne des Gesetzes sprechen.

Die andere Rücksicht, welche bei der Frage, ob ein Unternehmen mehrerer zusammentretender Personen das zu einer bürgerlichen Gesellschaft, oder zu einer Handelsverbindung ist, von entscheidendem Gewicht sein wird, besteht darin, ob dem Unternehmen eine Speculation zu Grunde liegt, d. h. daß nicht der so ziemlich stabile Preis des Werkstoffes, und die Arbeitskraft, den zu erwartenden Gewinn nothwendig oder doch gewöhnlich bedingt, sondern, daß eine gewisse Berechnung, welche auch den Wechsel des Zufalls in ihren Kreis zieht, das Unternehmen über die Vorkommnisse des täglichen Gewerbsbetriebs erhöht. Wer diese Berechnung anstellt, der Bauer oder der Banquier, das ist gleichgiltig; die Art des Unternehmens ist es, was entscheidet. Und hier ist es wiederum das richterliche Ermessen, welches die Grenze zu finden wissen muß. Faßt man nun den vorliegenden Fall ins Auge, so liegt diesem Unternehmen offenbar eine gewisse Speculation zu Grunde. Das Beschaffen des Fuhrwerks für viele tausend Kästen Kies, die Mächtigkeit des Kieslagers eines Grundstücks, ob diese so bedeutend ist, um die erforderliche Quantität zu liefern, die Steigerung oder das Fallen des Arbeitslohns, die Witterung in der Zeit, in welcher die Arbeiten zu verrichten sind, das sind Fragen, welche sich zum Voraus nicht berechnen lassen.

Die zweite und dritte hier zur Entscheidung gekommenen Fragen:

2) ob eine Handelsverbindung im Sinne des Satzes 47 des H.R. eine Handelsgesellschaft sei? und

3) ob es nicht der Willkühr der Handelsgesellschaften frei gegeben sei, ob sie mit Umgehung eines Schiedsgerichtes ihre Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten im beiderseitigen Einverständnisse durch die ordentlichen bürgerlichen Gerichte schlichten lassen dürfen?

sind controvers, und so vielfach verschieden beantwortet worden, daß es sich wohl der Mühe lohnt, die Entscheidungen der Gerichtshöfe zu sammeln, um endlich einmal zu einer festen Praxis zu gelangen.

Der mittelrheinische Gerichtshof hat beide Fragen bejaht. Für die Bejahung der ersteren *) wurden hauptsächlich folgende Gründe geltend gemacht:

Der Satz 47 steht im ersten Kapitel des dritten „von Handelsgesellschaften" handelnden Titels. Dieses Kapitel ist überschrieben: „Von den verschiedenen Gattungen der Gesellschaften."

Was eine Gesellschaft sei, sagt das H.R. nicht. Es setzt dieß aus dem bürgerlichen Gesetzbuche als bekannt voraus. (L.R.S. 1832. 1837. 1842.) Es spricht das H.R. nur davon, welche Gesellschaften Handelsge-

---

*) In gleicher Weise hat sich das mittelrheinische Hofgericht I. Senat i. J. 1852 ausgesprochen. I. S. Groß gegen Groß. I. S. Wertheimer gegen Bär, und ganz kürzlich I. S. Dietz gegen Sievert. D. E.

sellschaften seien, und bezeichnet die verschiedenen Gattungen derselben. Es sagt in S. 47:

„Außer den obigen Gattungen **erkennt** (reconnait) das Gesetz auch Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen," und in S. 50: „Auch sind solche Handelsunternehmungen den Förmlichkeiten der übrigen Handelsgesellschaften nicht unterworfen." Damit hat es diese Handelsverbindungen ebenfalls als eine Gattung der Handelsgesellschaften, von welchen das erste Kapitel gerade handeln soll, bezeichnet. Es erkennt sie (reconnait) als solche an. Desselben Ausdrucks bedient sich der Satz 19: Das Gesetz erkennt drei Arten der Handelsgesellschaften u. s. w. Hätte der Gesetzgeber nur diese drei Arten des Art. 19, welche es im Satz 50 die „übrigen" nennt, als die einzigen Gattungen der Handelsgesellschaften anerkennen wollen, so wären alle anderen Gattungen von Gesellschaften durch diesen Artikel allein schon den bürgerlichen Gesellschaften zugewiesen gewesen. Indem er aber, in Satz 47 auch noch andere Verbindungen anerkennt, kann er sie nur als eine Gattung von Handelsgesellschaften anerkennen, denn als eine Gattung der bürgerlichen Gesellschaften wären sie ja schon durch den Satz 1642 anerkannt gewesen. Durch die Sätze 49 und 50 wollte er dieser Gattung von Handelsgesellschaften vor den übrigen Handelsgesellschaften eine ausnahmsweise Stellung anweisen. Wo aber für sie keine Ausnahmen von den für alle **Handels**gesellschaften gegebenen Bestimmungen getroffen sind, da muß auch die für die Handelsgesellschaften überhaupt aufgestellte Regel eintreten. Der Satz 51 macht keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Gesellschaftern. Seine Bestimmung muß daher auch für die Mitglieder der Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen gelten.

Die Entscheidung der weiteren Frage beruht im Wesentlichen auf folgenden Sätzen:

Der Satz 51 sagt: „Jeder Streit zwischen u. s. w. **muß** durch Schiedsrichter entschieden werden." Indem sich der Gesetzgeber dieses befehlenden Ausdrucks*) bedient, schließt er jede Willkühr der Parteien aus. Wo das Gesetz **befiehlt, verbietet** es alles dem Befehle Entgegenstehende. Es ist daher unnütz, zu untersuchen, ob diese Vorschrift für die Handelsgesellschafter eine Wohlthat sein sollte, und es geworden ist, oder nicht. Denn von einem Verzichte auf eine Wohlthat kann nicht mehr die Rede sein, wenn jede andere Einrichtung verboten ist. — Daß das Gesetz ein anderes Gericht als ein Schiedsgericht zur Schlichtung solcher Streitigkeiten gar nicht kennt, ergibt sich aus der bestimmten Regelung des Verfahrens in den S. 52—63.

Wäre ein Zweifel darüber, ob das Handelsrecht nicht mit voller Bestimmtheit (gebietend) in S. 51 spreche, so wird dieser Zweifel durch die bürgerliche Pr.O. gelöst. Diese sagt in §. 188: „Schiedsrichterliche Entscheidung findet in den Fällen statt, in welchen das Gesetz*) sie **gebietet**, oder in welchen die Parteien sie wählen." Unsere Gesetzgebung kennt außer dem Handelsrecht nirgends ein Gebot von Schiedsrichtern. Daß aber auch der §. 188 (187 a Pr.O.) gerade die Schiedsgerichte in Handelssachen als gebotene Gerichte im Auge gehabt habe, zeigt der §. 216 (215 der alten) Pr.O., wo es heißt: „Sämmtliche vorstehende Verfügungen gelten auch in Streitigkeiten von Handelsgesellschaften in Gesellschaftsangelegenheiten u. s. w." Damit kann nur auf die einzige Stelle, im Civilrecht, wo der Schiedgerichte gedacht ist, hingewiesen sein.

Wo das Gesetz gebietet, verbietet es auch das Entgegenstehende, also auch die **Prorogation**. Dem steht §. 36 Ziff. 1 und §. 20 der Pr.O. auch durchaus nicht entgegen. Denn ein prorogirter Gerichtsstand geht gerade nach §. 36 Ziff. 1 den gesetzlichen Gerichtsständen nur dann vor, wenn die Prorogation gültig war; und §. 29 kann keine Anwendung hier finden, weil die Voraussetzung einer jeden gültigen Prorogation ebendarin besteht, daß das prorogirte Gericht auch Gerichtsbarkeit über die streitige Sache habe, so wie nach §. 28 eine Nebensache nur dann von dem für die Hauptsache zuständigen Gerichte angezogen wird, wenn dieses Gerichtsbarkeit über den Gegenstand der Nebensache hat.

Diese Gerichtsbarkeit ist aber den ordentlichen bürgerlichen Gerichten durch den S. 51 des H.R. entzogen;

*) „Toute contestation sera jugée." Diese Ausdrucksweise des französischen Urtextes hat ganz dieselbe befehlende Richtung. Wäre dies aber auch nicht der Fall, so würde dadurch die keinerlei Deutung zulassende Bestimmtheit des deutschen Gesetzes nicht vermindert werden. D. E.

*) Daß hierunter nicht der §. 26 der Gerichtsverfassung gemeint ist, ergibt sich daraus mit Nothwendigkeit, daß die alte Pr.O., welche ja vor der bis jetzt nur Projekt gebliebenen Gerichtsverfassung längst ins Leben getreten war, sich in §. 187 derselben Ausdrucksweise bedient. D. E.

ebenso wie in Streitigkeiten gegen oder unter Militärpersonen durch das Gesetz vom 6. April 1854.

Eine weitere von dem mittelrheinischen Hofgerichte verneinte Frage ergab sich daraus, daß das Oberamt Bruchsal, wenn es sich nicht um eine Handelsstreitigkeit unter Gesellschaftern gehandelt hätte, nach §. 7 Pr.O. in dieser Sache zuständig gewesen wäre. Gegenstand weiterer Prüfung war daher: ob, wenn ein seiner Natur nach vor Schiedsrichter gehöriger Streit durch stillschweigende Uebereinkunft der Parteien und des Richters vor dem — abgesehen von der Natur des Streits — an sich zuständigen Gerichte verhandelt worden ist, alsdann die Verhandlung vor dem ordentlichen bürgerlichen Gerichte nicht als die gültigerweise vor einem Schiedsgerichte gepflogene Verhandlung anzusehen ist, weil ja nach §. 198 Pr.O. dieses Gericht die Annahme des Schiedsrichteramtes gar nicht verweigern darf?

Die Verneinung dieser Frage beruht auf den §§. 196. 197 Pr.O. Hiernach ist der Schiedsvertrag ein Literalvertrag. Es kann daher nicht einmal ein mündlich, geschweige denn ein stillschweigend abgeschlossener Schiedsvertrag zu Recht bestehen. Die stillschweigende Uebereinkunft durch Einlassung des Beklagten vor dem ordentlichen bürgerlichen Richter, und dessen stillschweigende Uebernahme des Prozesses durch die Leitung und Entscheidung des Streits vermögen daher nicht den urkundlichen Schiedsvertrag der Parteien nach §. 196 und die Annahme des Schiedsrichters nach §. 197 Pr.O. zu ersetzen.

Ottendorff.

III.

Zur Auslegung des L.R.S. 1521 a. *)

Tiefenbronn gegen Gehrum.

Da der Gemeinderechner L. Gehrum einen schuldigen Receß von 887 fl. 26 kr. wegen Mangels an Mitteln nicht ersetzen konnte, so nahm die Gemeinde für die Hälfte davon im Jahr 1854 ihren Rückgriff auf dessen Frau, welche mit ihrem Manne in Errungenschaftsgemeinschaft gelebt, jedoch schon im Jahr 1853 Vermögensabsonderung erwirkt und für ihre Beibringensforderung von 1037 fl. 30 kr. die Summe von 721 fl. 56 kr. aus dem ehemännlichen Vermögen zugeschieden erhalten hatte.

Die Beklagte schützte vor, daß sie nicht verpflichtet sei, Gemeinschaftsschulden zu zahlen, weil sie auf die Gütergemeinschaft verzichtet habe.

Durch unterrichterliches Urtheil wurde auch die Klage unter Bezug auf

Jahrbücher, n. F. XIII 96.
Mayer, Leitfaden rc. S. 262.

schlechthin abgewiesen, von dem mittelrheinischen Hofgericht dagegen in Festhaltung seines Plenarbeschlusses vom 9. Mai 1854 (Annalen XXI. 185) abändernd dem Klagbegehren gemäß erkannt.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Es ist unbestritten, daß die Beklagte mit ihrem Ehemanne ihre ehelichen Güterverhältnisse nach den Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft eingerichtet hat, in welchem Falle der L.R.S. 1521 a bezüglich auf die Schulden bestimmt, daß kein Ehegatte sich frei machen kann, den ihn hieran treffenden Antheil, soweit er aus dem errungenen Vermögen nicht bezahlt werden kann, aus dem rücknehmenden Einbringen den Gläubigern zu bezahlen.

Diese gesetzliche Bestimmung hat nun zwar in neuerer Zeit eine von der bisherigen Auslegung verschiedene dahin erhalten, daß damit nicht gesagt sei, daß die Ehefrau sich auch nicht durch die ihr nach L.R.S. 1494 zustehende Befugniß der Entschlagung der Gemeinschaft von der Schuldenzahlung frei machen könne; allein abgesehen davon, daß die angeführte gesetzliche Bestimmung ganz allgemein lautet und namentlich in Bezug auf die dabei betheiligten Gläubiger gegeben ist, und, wenn man der neuen Auslegung folgt, bezüglich der Ehefrau, welche, wenn sie Schulden bezahlen soll, sich eben immer der Gemeinschaft entschlagen wird, geradezu illusorisch würde, so ist auch, und dieß ist auch der Hauptgrund für die Beibehaltung der von dem dießseitigen Gerichtshof adoptirten bisherigen Auslegung des L.R.S. 1521 a, dieser Zusatzartikel von Staatsrath Brauer, bekanntlich dem Verfasser dieser Zusätze, in seinen Erläuterungen dazu selbst so ausgelegt worden, indem er dort anführt, daß demselben die Absicht des Gesetzgebers unterliege, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Ehefrau sich auch nicht durch die Entschlagung der Gütergemeinschaft den Gläubigern gegenüber von der Theilnahme an der Schuldenzahlung frei machen könne.

Aus dem angeführten Zusatzartikel folgt aber auch nur so viel, und eine andere Auslegung desselben hat auch noch nie gegolten, daß die Ehefrau nur den ihr treffenden Antheil an den Schulden und da nach L.R.S. 1482, wo die Schuld nicht von ihr herrührt, oder sie sich nicht dafür sammtverbindlich gemacht hat, dieser Antheil nur die Hälfte beträgt, auch nur soviel davon zu übernehmen hat. rc.

*) Man vergl. mit den im Texte selbst vorkommenden Citaten auch noch die Aufsätze in den Annalen XIX. 105, XX. 138. 316 und 366.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 46. Mannheim, 10. November 1855.

I.

Ueber Verantwortlichkeit des Vollstreckungsbeamten und des Pfandgerichts.

Nach Schuld- und Pfandurkunde vom 16. Mai 1846 gab Dr. Paniel in Bremen der Magdalena G. in Hockenheim eine Darleihe von 1000 fl. gegen Verpfändung mehrerer Liegenschaften, worunter eine ihr damals gehörige Haushälfte. Die Schuldnerin verkaufte ihre Haushälfte am 18. Oktober 1847 um 600 fl. an Bürgermeister S. Kosel, den Eigenthümer der andern Hälfte. Der Kauf wurde mit dem Beisatz zum Grundbuche eingetragen, daß die nach dem Pfandbuche zu Gunsten des Dr. Paniel in Bremen auf dieser Haushälfte haftende Obligationsschuld à 1000 fl. mit dem Kaufschilling und baaren Zuschusse abgetragen werden müsse.

S. Kosel hatte seine Haushälfte schon am 10. Juni 1843 den Johann Martin Landfried's Erben in Heidelberg für eine Darleihe von 2000 fl. mitverpfändet.

Am 22. Oktober 1847 verpfändete Bürgermeister Kosel seine, den Landfried'schen Erben bereits versetzten Liegenschaften nebst der von Magdalena G. erkauften Haushälfte der Magdalena Umbstädter in Heidelberg für eine Darleihe von 2500 fl. In dem darüber gefertigten Eintrag zum Pfandbuche wurde angeführt, daß auf den verpfändeten Liegenschaften:

a) der Hauskaufschilling der Magdalena G. à 600 fl. laut Grundbuchseintrag,

b) die Hypotheke der Johann Martin Landfrieds Erben à 2000 fl.

hafte, und daß diese beiden Posten mit dem neuen Anleihen und baaren Zuschusse abzutragen seien. Die Darleihesumme wurde von Bürgermeister Kosel und einem Mitglied des Gemeinderaths in Empfang genommen, aber nicht zur Abtragung der unter a und b bezeichneten älteren Schulden verwendet.

Am 26. Juni 1850 versteigerte der Bürgermeister Schrank in Hockenheim, als damaliger Vollstreckungsbeamter, sämmtliche Liegenschaften des S. Kosel, darunter auch die dem Dr. Paniel verpfändete Haushälfte, ohne diesen Gläubiger, dessen Pfandrecht noch ungetilgt in dem Unterpfandsbuch eingetragen stand, von der Versteigerung zu benachrichtigen. Auch überging der Vollstreckungsbeamte den Gläubiger Paniel in dem nach §. 1031 der alten Pr.O. gefertigten Auszuge aus dem Grund- und Pfandbuche und in der Verweisung des von der Steigerin Umbstädter zu zahlenden Erlöses der Kosel'schen Liegenschaften. Paniel, der somit von diesem Erlöse nichts erhielt, belangte deßhalb den Bürgermeister Schrank für den durch den Erlös aus den übrigen Unterpfandsstücken nicht gedeckten Rest seiner Forderung auf Entschädigung. Dieser wurde vom großh. Bezirksamte Schwetzingen verurtheilt und appellirte an großh. Hofgericht des Unterrheinkreises, dessen I. Civ.-Sen. jedoch das amtliche Urtheil am 25. Februar 1855 bestätigte und zwar aus folgenden

Gründen:

Da das Unterpfandsrecht des Klägers fortbestand, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte, welcher zur sorgfältigen Beobachtung der für die Ausübung seines Amts, als Vollstreckungsbeamter gegebenen Vorschriften verpflichtet, und deßhalb verbunden war, durch genaue Einsicht der Grund- und Unterpfandsbücher sich die Gewißheit über das Bestehen eingetragener Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu verschaffen, und darnach diese vollständig in den nach §. 1031 der älteren Pr.O. zu fertigenden Auszug aufzunehmen, dadurch, daß er in letzterem das Unterpfandsrecht des Klägers unerwähnt ließ, daß er

in Folge hiervon, der Vorschrift des §. 1036 der älteren Pr.O. entgegen, den Kläger nicht speciell von der Versteigerung benachrichtigte, und sodann ihn nicht auf den Erlös verwies, vielmehr bei der Verweisung ihn gänzlich überging, eine Nachlässigkeit im Sinne des L.R.S. 1383, ein Versehen begangen hat.

Dafür, daß der Beklagte den durch seine Nachlässigkeit dem Kläger entstandenen Schaden diesem zu ersetzen verbunden sei, kann zwar weder L.R.S. 2127 a a. E. noch L.R.S. 2197 angerufen werden, weil diese gesetzlichen Vorschriften sich auf die Verantwortlichkeit der Pfandschreiber, jetzt der Pfandgerichtsmitglieder, für von ihnen ausgestellte, dort näher bezeichnete Zeugnisse beziehen, der Beklagte aber die erwähnten Handlungen, beziehungsweise Unterlassungen nicht als Mitglied des Pfandgerichts, sondern als Vollstreckungsbeamter sich zu Schulden kommen ließ. Allein eines besonderen, die Verantwortlichkeit des Vollstreckungsbeamten für solche Versehen aussprechenden Gesetzes bedarf es nicht, da jeder öffentliche Beamte zur Anwendung der ihm möglichen Sorgfalt verbunden, und daher gemäß L.R.S. 1383 und 1383 a auch den durch seine Nachlässigkeit für einen Andern entstandenen Schaden nach den Regeln der L.R.S. 1146 ff. zu ersetzen schuldig ist. Der Beklagte kann sich auch damit nicht entschuldigen, daß das frühere Pfand- und Gewährgericht vor der erwähnten Zwangsversteigerung und zwar bei der am 22. Oktober 1847 geschehenen Verpfändung der Kosel'schen Liegenschaften an Susanna Magdalene Umbstätter, in dem Pfandvertrage (dem Auszuge aus dem Grund- und Unterpfandsbuche) bereits das Pfandrecht des Klägers unerwähnt gelassen, und nur des Vorzugsrechts der M. Gelb für 600 fl. gedacht habe; denn er hätte sich nicht hiernach, sondern nach dem Inhalte des Unterpfandsbuchs selbst bei Fertigung des Auszugs zu der Versteigerung zu richten, und kann sich nicht mit der Fahrlässigkeit Dritter von der durch seine eigene Fahrlässigkeit begründeten Haftbarkeit frei machen. Ebenso wenig kann er sich darauf berufen, daß bei dem Verkaufe der Haushälfte der M. Gelb an S. Kosel der Gemeinderath zu Hockenheim die Gewähr, daß die Pfandschuld an den jetzigen Kläger mit dem Kaufschillinge und baaren Zuschusse abgetragen werden, ertheilt habe; denn, selbst wenn der Gemeinderath (das Pfand- und Gewährgericht) überhaupt oder dem Kläger gegenüber die Verpflichtung gehabt hätte, für die Befriedigung des Klägers bei jenem Eigenthumsübergange zu sorgen, so konnte die Unterlassung dieser Befriedigung den Beklagten nicht seiner davon unabhängigen, ihm, als Vollstreckungsbeamten obliegenden, oben bezeichneten Verbindlichkeiten entheben; das Unterpfandsbuch, nach dessen Inhalte er sich zu benehmen hatte, ergab nicht, daß die Forderung des Klägers abgetragen und dessen Unterpfandsrecht erloschen sei, vielmehr stand letzteres darin noch offen, und der Beklagte handelte somit fahrlässig, weil er es in der oben bezeichneten Weise unbeachtet ließ. Unter diesen Umständen und da Kläger jedenfalls ein dem Vorzugsrechte der M. Gelb, seiner ursprünglichen Pfandschuldnerin, vorgehendes Pfandrecht hatte, kann es auch nicht darauf ankommen, ob etwa M. Gelb für den bedungenen Kaufpreis aus dem von S. M. Umbstätter gegebenen Darlehen Zahlung erhielt. Ebenso unerheblich ist hier das in §. 1037 der älteren oder §. 1024 der neuen Pr.O. dem schon vor der Versteigerungsverfügung eingetragenen, aber von dieser nicht benachrichtigten Unterpfandsgläubiger gegebene Recht des Nachbietens, und die Nichtausübung desselben durch den Kläger kann diesem nicht zum Verschulden angerechnet werden: denn zuvörderst hatte der Kläger dem Beklagten gegenüber nicht die rechtliche Nothwendigkeit, ein Nachgebot zu thun, da er ja bei richtig geschehener Verweisung auch ohne solches, und ohne demnach die Steigerin S. M. Umbstätter in der durch L.R.S. 2185 bezeichneten Weise überbieten zu müssen, zur vollständigen Befriedigung für die jetzt geltend gemachte Restforderung gekommen sein würde. Sodann hatte aber auch der Beklagte dem Kläger nicht Gelegenheit gegeben, innerhalb der durch §. 1058 der älteren Pr.O. bestimmten einjährigen Frist von dem Nachbietungsrechte Gebrauch zu machen, da er ihm von der Versteigerung und der Verweisung keine Kenntniß gab, und er behauptet auch nicht, daß der Kläger diese Kenntniß auf andere Weise noch innerhalb jener Frist, somit rechtzeitig, erhalten habe. Da hingegen der Kläger bis einige Zeit vor der am 10./15. Juni v. J. angestellten Klage und lange nach Ablauf jener Frist von allen nach Bestellung seines Unterpfands im Mai 1846 eingetretenen Verhältnissen nichts erfahren haben will.

Auch der Umstand, daß der fraglichen Zwangsversteigerung eine öffentliche (allgemeine) Aufkündigung derselben gemäß §. 1043 der älteren Pr.O vorangieng, hebt die von dem Beklagten begangene Fahrlässigkeit und seine Verantwortlichkeit dafür nicht auf, und stellt den Kläger nicht als selbst fahrlässig dar; denn der Beklagte, als

Vollstreckungsbeamter, war durch §. 1036 verpflichtet, dem Kläger speciell von der Versteigerungstagfahrt Kenntniß zu geben, und dieser war befugt, hierauf bei seinem Verhalten hinsichtlich seines Unterpfands sich zu verlassen, und nicht verpflichtet, allgemeine Versteigerungsankündigungen insofern zu beachten. Jene allgemeine Ankündigung der Versteigerung war aber auch für den Kläger ganz werthlos, weil sie nicht gegen M. Gelb, sondern gegen S. Kosel ergangen, und weil ihm nicht davon Kenntniß gegeben war, daß von ersterer, seiner Schuldnerin, das Eigenthum des Unterpfandsstücks auf S. Kosel übergegangen sei, der Beklagte auch nicht im Widerspruch mit dem Vorbringen des Klägers die (selbstständige) Behauptung aufgestellt hat, daß Kläger zur Zeit der Versteigerung schon Kenntniß von dem Uebergange seines Unterpfands in das Eigenthum Kosels gehabt habe, weil demnach der Kläger durch die öffentliche Ankündigung der Versteigerung überall nicht zu irgend einer Thätigkeit veranlaßt war.

Anlangend die Frage, ob der Kläger durch die oben als fahrlässig bezeichneten Handlungen einen Schaden erlitten hat, so kann hierbei eine Nothwendigkeit für den Kläger nicht unterstellt werden, vorerst die von dem Beklagten gefertigte, ihn benachtheiligende Verweisung, und zwar insbesondere gegen S. M. Umbstätter, welche die ihm verpfändet gewesene Haushälfte gesteigert, und ihren eigenen Anspruch mit dem Erlöse, d. h. ihrer Steigschillingsschuld, theilweise wettgeschlagen hat, anzufechten. Abgesehen nämlich von der Frage, ob ihn der Beklagte durch seine Fahrlässigkeit zu der Ergreifung eines in jetziger Lage der Sache so außerordentlichen Mittels der Rechtsverfolgung nöthigte und ihm vorerst dessen Richtigebrauch entgegensetzen könnte, wenn dasselbe überhaupt Aussicht auf Erfolg gewähren würde, so muß eine solche Anfechtung für überhaupt unstatthaft erachtet werden. Nach §. 1073 vergl. mit §. 1072 No. 1 der älteren Pr.O. waren nämlich durch die der Zahlung gleichstehende Wettschlagung die Ergebnisse der Versteigerung von S. M. Umbstätter, soweit sie überhaupt durch die Verweisung zur Befriedigung kam, bereits bezogen, und die Einsprache des Klägers ist ebenso, wie nach §. 1056 bis 1058 der Pr.O. sein Unterpfandsrecht erloschen, und wenn er auch zu der Verweisung nicht beigezogen wurde, so blieb doch diese ihm gegenüber immerhin endgültig, weil seine Uebergehung in der vorangegangenen Auslassung seines Unterpfandsrechts in dem durch §. 1031 vorgeschriebenen Auszuge ihren Grund hatte, die Steigerin und Gläubigerin Umbstätter aber, wenn sie jenem Auszuge gemäß verwiesen wurde, aus den ihr in jetziger Lage der Sache durch die Verweisung formell gültig gegebenen Rechten durch die Einsprache eines Dritten, des Klägers, nicht mehr gesetzt werden könnte. *)

Daß der Erlös der dem Kläger verpfändeten Haushälfte, zu dessen Befriedigung für die jetzt geforderte Summe zugereicht haben würde, ist von Seiten des Beklagten nicht beanstandet, und bereits in den amtlichen Entscheidungsgründen erörtert. Daß und in wie weit ferner der Erlös der übrigen Liegenschaften der M. Gelb zur Befriedigung des Klägers nicht hinreichte, und wie viel folgeweise der Rest seines Anspruchs noch beträgt, ergibt in Uebereinstimmung mit dem Klagvortrage die in Folge der Zwangsversteigerung der Gelb'schen Liegenschaften geschehenen Verweisung.

Der Kläger hat daher den in der Klage berechneten Schaden erlitten. Dieser Schaden ist aber auch die unmittelbare und natürliche Folge der oben als fahrlässig bezeichneten Handlungen, resp. Unterlassungen des Beklagten und insbesondere der durch die vorangegangene Fahrlässigkeit des Beklagten veranlaßten Uebergehung des Klägers in der Verweisung, da dieser andernfalls zur Befriedigung gekommen wäre. Der Beklagte muß daher, da er diesen Schaden voraussehen konnte, denselben dem Kläger erstatten. (L.R.S. 1383. 1383a. 1150. 1151.)

Vorher hatte der Pfandgläubiger Paniel die Mitglieder des Pfandgerichts auf Ersatz belangt, war aber von großh. Bezirksamte Schwetzingen am 27. April 1854 abgewiesen und dieses Urtheil vom großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (I. Civ.-Sen.) am 30. Oktober 1854 bestätigt worden.

a) Bei dieser Entscheidung wurde die Klagbegründung:

das Pfandgericht habe die Gewähr des am 18. Oktober 1847 geschehenen Verkaufs der Haushälfte der Magdalena G. nur unter der Voraussetzung ertheilt, daß die Pfandschulden des Dr. Paniel aus dem Kaufschillinge von 600 fl. und aus weiterem Zuschusse bezahlt werde. Dieses sei jedoch nicht geschehen und hierfür seien die Beklagten als Pfandgerichtsmitglieder haftbar; —

*) Siehe Annalen von 1851 No. 44, III. S. 348 — 351 und 1855 No. 18, II. S. 141. 144.

in den Entscheidungsgründen — wie folgt — gewürdigt:

„Die Gewähr, welche das Pfandgericht in dem Grundbuchseintrage ertheilt, hat nichts anderes als die Thatsache zum Gegenstande, daß die Verkäuferin Eigenthümerin der verkauften Liegenschaften sei. Durch die Beurkundung, daß aus dem Kaufpreise von 600 fl. (und baaren Zuschusse) die Forderung des Klägers abzutragen sei, hat das Pfandgericht weder überhaupt, noch weniger dem bei dem Verkaufe gar nicht mitwirkenden Kläger gegenüber die Sorge oder Verpflichtung übernommen, daß dieses geschehe." *)

b) Gegenüber der weiteren Klagbegründung, daß bei der Verpfändung der durch Kosel gekauften G'schen Haushälfte an S. M. Umbstätter des Pfandrechts des Klägers keine Erwähnung geschehen sei, und hiefür seien die Beklagten als Mitglieder des Pfandgerichts gleichfalls verantwortlich, — wurde in den Entscheidungsgründen hervorgehoben, daß die Bestimmung des L.R.S. 2198, welche nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfe, hierauf keine Anwendung finde. **)

c) Aus dem Pfandbuchseintrage vom 22. Oktober 1847 zu Gunsten der S. M. Umbstätter wollte die Klage ableiten, 1) das Pfandgericht habe die Obliegenheit übernommen, dafür zu sorgen, daß aus dem von S. M. Umbstätter zu gebenden Darlehen von 2500 fl. die Pfandlasten, welche auf den der Umbstätter verpfändeten Liegenschaften hafteten, abgetragen würden und 2) dasselbe Pfandgericht habe verschuldet, daß dieß nicht geschehen sei, dadurch, daß es den Bürgermeister Kosel und Gemeinderath Schuppel beauftragt habe, die Darlehenssumme von 2500 fl. bei M. Umbstätter in Empfang zu nehmen.

Dagegen wurde in den Entscheidungsgründen ausgeführt:

„Zur Befriedigung des Klägers aus dem Umbstätterschen Darlehen hatte das Pfandgericht gegenüber dem Kläger keine Verpflichtung. Ueberhaupt war das Pfandgericht zur Empfangnahme des von S. M. Umbstätter dem Kosel zugesicherten Darlehens gar nicht berechtigt und konnte nur mit Einwilligung des Letzteren die Darlehenssumme von S. M. Umbstätter in Empfang nehmen und dieselbe an frühere Pfandgläubiger abtragen. *)

Der S. M. Umbstätter war es unbenommen, die früheren Pfandlasten selbst abzutragen und dadurch in die Rechte der von ihr befriedigten Pfandgläubiger einzutreten oder mit dem Pfandgericht und dem Anleiher sich zu verständigen, daß das Pfandgericht das Darlehen zur Hand nehme und die Pfandgläubiger befriedige **); nur aus einem derartigen Uebereinkommen konnte dann S. M. Umbstätter Rechte gegen das Pfandgericht ableiten, nicht aber der bei diesem Uebereinkommen ganz unbetheiligte Kläger. In Bezug auf das Verhältniß zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist es darum auch ganz gleichgiltig, ob das Pfandgericht dem Bürgermeister Kosel und Gemeinderath Schuppel Auftrag zur Erhebung des Darlehens bei S. M. Umbstätter gegeben hat oder nicht."

d) Der Kläger hatte auch den Philipp Schwab als Mitglied des Pfandgerichts vom Jahr 1850 mitbelangt, weil er dem Versteigerungsakte, durch welchen S. M. Umbstätter die Kosel'schen Liegenschaften erworben habe, mit die Gewähr ertheilt und dabei die Freiheit der ersteigerten Liegenschaften von der kläger'schen Pfandlast beurkundet habe, während das Pfandrecht des Klägers noch ungelöscht gewesen sei. Dadurch sei die dem Kläger verpfändet gewesene Liegenschaft in den Händen des neuen Erwerbers (Steigerers) von der in dem Auszuge ausgelassenen klägerischen Pfandlast frei geworden, und deßhalb Philipp Schwab als Mitglied des Pfandgerichts, dem Kläger verantwortlich.

Hiergegen wurde in den Entscheidungsgründen ausgeführt.

„In Folge der Zwangsversteigerung wurden gemäß §§. 1023. 1024 und 1025 Pr.O. die versteigerten Liegenschaften von den darauf ruhenden Pfandlasten frei, und nur ein Nachbietungsrecht innerhalb der Frist des §. 1025 blieb dem von der Versteigerung nicht benach-

---

*) Es wäre aber doch immer sehr zweckgemäß, wenn von einer solchen Widmung des Kaufpreises dem betreffenden Pfandgläubiger jeweils rechtzeitig Kenntniß gegeben würde, damit er den Vollzug betreiben könnte.

**) S. Annalen d. J. No. 18, I. S. 137 — 141.

*) Annalen 1855 No. 13, III. I. S. 102. 103.

**) Vrgl. §. 13 Abs. 2 der Pfandschreiberinstruktion

richtigten Kläger. Der Beklagte, Ph. Schwab, hat daher, wenn er die Freiheit der versteigerten Liegenschaften von der klägerischen Pfandlast mitgewährte, nur gethan, wozu er gesetzlich berechtigt war, und um so weniger ein Versehen begangen, als der Pfandbuchsauszug, zu dessen Fertigung er nicht mitwirkte, des Pfandrechts des Klägers nicht erwähnte und er keinen Anlaß hatte, in die Richtigkeit des Auszuges Zweifel zu setzen."

Stf.

II.

1) Sind, und inwieferne sind die Vorschriften des Handelsrechtes Satz 92 a c — a g auf das bürgerliche Recht anwendbar?
L.R.S. 1108 a 1108 b.

2) Verborgene und offene Fehler.
L.R S. 1641. 1642. 1643. 1644.
Annalen II. S. 220. Lauckhard Rechtsfälle Bd. III. S. 299.

3) Kurze Frist zur Anstellung der Klage auf Zurücknahme der fehlerhaften Waare.
L.R.S. 1648.

Im Dezember 1852 sandte der Kläger Kilian dem Beklagten Ellenbast angeblich auf Bestellung zwei Mühlsteine mit Faktura. Darin war die Dicke der Steine zu 16 Zoll Bergmaaß zu 5 fl. 20 kr. der Zoll angegeben und Baarzahlung begehrt. Der Beklagte nahm Waare und Waarenverzeichniß an, zahlte aber nicht. Im Jan. 1854 klagte endlich Kilian auf Zahlung des Kaufpreises.

Der Beklagte wendete ein,

1) daß die Steine nicht die vertragsmäßige Größe haben, indem dieselben nach badischem Maaße 16 Zoll Dicke haben sollten;
2) daß der eine Stein einen Riß, der andere im Sand- und Quarzgehalt eine schlechte Beschaffenheit habe, so daß beide zum Mahlen unbrauchbar seien;
3) daß die Steine auf Probe gekauft worden seien, und sich bei der Probe als unbrauchbar erwiesen hätten. *)

Der Unterrichter erkannte auf den dem Kläger über die letzte Behauptung zugeschobenen Eid, und machte davon die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des begehrten Kaufpreises abhängig.

Auf die nun von dem Beklagten ergriffene Appellation wurde das amtliche Urtheil von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises bestätigt, und zwar aus folgenden

Gründen:

Durch das unterrichterliche Urtheil ist der Beklagte nicht beschwert. Er glaubt zwar nicht verpflichtet zu sein, dem Kläger den Kaufpreis für die bei demselben bestellten zwei Mühlsteine zu bezahlen, weil dieselben von sehr mangelhafter Beschaffenheit seien. Er behauptet nämlich

1) daß die Steine nicht die vertragsmäßig festgestellte Größe haben. Allein die Größe eines Steines ist eine dem Auge erkennbare Beschaffenheit, eine den Vertragsbedingungen nicht entsprechende Größe daher ein offener Fehler. —

Hat nun der Beklagte die Steine in vertragswidriger Größe angenommen, und — wie dieses nach seiner eigenen Angabe geschah — den einen aufgezogen, den andern zu bearbeiten angefangen, dann hat er sich thatsächlich mit dieser Größe der Steine zufrieden erklärt, und er hat nicht das Recht hinterher von dieser nachträglichen Zustimmung wieder abgehen. L.R.S. 1108 a.

Der Beklagte hat zwar eingewendet, daß der Preis nach der Größe der badischen Zolle vereinbart worden sei, die Größe der Zolle nach Stein- oder Bergmaaß aber geringer sei, als die nach badischem Maaße. Allein der Beklagte war durch die Faktura von der Größe der Steine nach Steinmaaß und dem darnach berechneten Preise in Kenntniß gesetzt. Die Annahme der Faktura und der darin verzeichneten Waaren begründet zwar nur in Handelssachen einen Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer. Aber abgesehen von der Frage, ob, wie der kläger'sche Anwalt behauptet, hier eine Handelssache vorliegt, so ist doch gewiß, daß, wenn der Beklagte die Waare mit der Faktura angenommen, und etwa 6 Monate nachher die Waare selbst in Gebrauch genommen hat,

---

*) Die übrigen thatsächlichen Verhältnisse erhellen aus den Entscheidungsgründen zum hofgerichtlichen Urtheile. D. E.

er dadurch stillschweigend in die Bedingungen der Faktura eingewilligt und diese als Vertrag zwischen ihm und dem Verkäufer anerkannt hat.

2) Daß der eine der beiden Steine einen Riß habe, welcher ihn zum Gebrauche untauglich mache. Die Sachverständigen haben auch bestätigt, daß ein solcher Riß in dem Steine sei, und zwar sei dieser Riß nicht erst in neuerer Zeit entstanden, sondern müsse schon ursprünglich in dem Steine gewesen sein. Ist dieses der Fall, dann hätte der Beklagte den Stein nicht annehmen und noch weniger ihn nach 6 Monaten in Angriff nehmen dürfen; denn ein Riß ist ebenfalls ein dem Auge erkennbarer offener Fehler. Ist aber der Stein erst gesprungen, nachdem er auf dem Lager des Beklagten sich befand, so ist dieses kein Grund, warum letzterer mit der Zahlung des Kaufpreises zurückhalten darf, denn mit dem Kauf geht das Eigenthum auf den Käufer und damit auch die Gefahr auf ihn über. L.R.S. 1583.

3) Die Beschaffenheit des andern Steines in Beziehung auf Sand- und Quarzgehalt und deren Verbindungen sei der Art, daß er zum Mahlen unbrauchbar erscheine. Dies haben die Sachverständigen bestätigt. Wenn man diesen Fehler auch als einen verborgenen ansieht, wofür nach L.R.S. 1641. 1644 der Käufer Gewähr leisten muß, so steht dem Käufer dieses Begehren doch nur innerhalb „einer kurzen Frist" zu. L.R.S. 1648. Der Beklagte hat aber jedenfalls erst nach Verlauf von mehr als sechs Monaten dem Kläger von dieser fehlerhaften Beschaffenheit des Steines die Anzeige gemacht; wenn man daher auch ganz von der Frage absieht, ob eine solche Anzeige einem durch L.R.S. 1648 geforderten gerichtlichen Schritte gleich zu achten ist, so muß doch jedenfalls in dieser langen Säumniß des Beklagten ein Grund erblickt werden, welcher seine Klage auf Rücknahme der Waare, oder was im Erfolg dasselbe ist, seinem Gesuche von der Zahlung des Kaufpreises befreit zu werden, entgegensteht.

Ottendorff.

III.

Inwiefern ist ein katholischer Stiftungsverrechner dem Fonde gegenüber haftbar, wenn er Stiftungsgelder gegen eine Nachhypothek ausleiht. L.R.S. 1994.

In Sachen des Kirchenfonds Heidenhofen gegen Kirchenfondsverrechner Ignaz Wiesendorfer daselbst, Forderung betreffend, wurde vom Hofgericht des Seekreises das amtliche Urtheil, welches den klagenden Fond mit seiner Klage abwies, bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Nach der Verordnung über die Verwaltung und Rechnungserledigung der katholischen kirchlichen und weltlichen Lokal- und Distriktsstiftungen vom 21. November 1820 (Reg.-Bl. von 1827 No. 1), womit auch die ältere Verordnung vom 13. April 1807 (Reg. Bl. No. 13) nicht im Widerspruche steht, ist die unmittelbare Aufsicht und Verwaltung der katholischen kirchlichen Lokalstiftungen, wozu der klagende Fond gehört, durch §. 1 zunächst dem Kirchen- oder Stiftungsvorstand am Orte der Stiftung übertragen, dessen erste Pflicht nach §. 12 der angeführten Verordnung in einer genauen Achtsamkeit darauf besteht, daß die Stiftung im Kapitalvermögen erhalten werde, daß sohin die abgelöst werdenden Kapitalien, sowie das nicht strenge zu den laufenden Ausgaben nothwendige Geld jeweils gerichtlich und sicher nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften angelegt und die gehörig geprüften Obligationen hierüber in der Stiftungskiste gegen einen von dem Pfarrer und einem weltlichen Vorstandsmitgliede, welchen beiden die Schlüssel dazu anvertraut sind, an den Verrechner auszustellenden Depositenschein hinterlegt und aufbewahrt werden. Und in einer als Beilage A. zur allegirten Verordnung enthaltenen Uebersicht dessen, was bei Prüfung der Stiftungsobligationen zu beobachten ist, ist unter Ziff. 9 vorgeschrieben: „Es muß bemerkt werden, daß auf dem eingelegten Unterpfande keine frühern Schulden oder Verbindlichkeiten haften." Ueberdies ist in §. 7 der allegirten Verordnung noch besonders bestimmt, daß der Kirchen- oder Stiftungsverrechner von dem Vorstande gewählt wird, und daß er aber bei den Berathungen in der Vorstandssitzung keine entscheidende Stimme hat.

Hiernach ist also die Anlegung von Stiftungskapitalien in der oben näher beschriebenen Weise lediglich Sache des Stiftungsvorstandes, nicht aber Sache des Verrechners, welch letzterer auch hier, wie in allen andern ähnlichen Fällen in Bezug auf Verausgabungen nur auf Anweisung, d. h. aus Auftrag des Vorstandes zu handeln und nebst dem die Einkünfte des Fonds zu betreiben und

zu vereinnahmen hat. Es ist daher für einen aus der unterlassenen Beobachtung der erwähnten Vorschriften erwachsenen Schaden an und für sich dem Fonde gegenüber nur allein der Stiftungsvorstand verantwortlich, während für den Verrechner unter Umständen nur eine Ersatzpflicht gegenüber dem Stiftungsvorstande begründet werden kann.

Zwar kann zufolge L.R.S. 1994 i f der Fond auch geradezu und unmittelbar gegen den Verrechner als Aftergewalthaber klagen, jedoch nur insofern als der Verrechner seinen ihm gegen den Stiftungsvorstand obliegenden Verpflichtungen in irgend einer Weise zuwider gehandelt hätte. Zachariä §. 413. Troplong, Mandat No. 486. Und es hat nun der klagende Fond in dieser Beziehung behauptet, daß der beklagte Verrechner ohne besondere Ermächtigung von Seiten des Stiftungsvorstandes bei Anlegung des fraglichen Kapitals sich mit einer Nachhypothek begnügt habe. — Allein der klagende Fond mußte selbst zugestehen, daß die Obligation für dieses Kapital im Jahr 1851 in die Stiftungskiste hinterlegt und dem Verrechner ein Depositenschein ausgestellt worden sei. Hiernach kann nichts anderes angenommen werden, als daß der Stiftungsvorstand entweder dem Verrechner den Auftrag zur Anlegung des Kapitals auf Nachhypothek gegeben oder doch die Genehmigung hiezu nachträglich ertheilt habe. L.R.S. 1108a 1108b. Es ist somit der Beklagte wegen der fraglichen Kapitalanlegung dem Stiftungsvorstande gegenüber nicht verantwortlich, und eben deßhalb steht auch dem klagenden Fonde kein Klagrecht gegen denselben zu.

Aus diesen Gründen sowie nach Ansicht des §. 168 Pr.O. mußte wie geschehen erkannt werden.

Hgr.

IV.

Hat der Anwalt oder Bevollmächtigte einer Partei, auf deren ausdrückliches Verlangen von ihr als wahr verbürgte Thatsachen angeführt, welche den Vorwurf eines leidenschaftlichen Verfahrens und einer rohen Behandlung der Partei durch den Richter rechtfertigen, und die deßhalb begehrte Ablehnung desselben begründen würden, so kann er für diesen Vortrag nicht verantwortlich gemacht werden, insofern keine, schon ihrer Form nach beleidigende Ausdrücke von ihm gebraucht worden sind.

Von dem Staatsanwalte am Hofgericht des Oberrheinkreises wurde gegen Dagobert K. wegen Ehrenkränkung des Amtmanns W. zu Waldshut Anklage erhoben. Das Hofgericht des Seekreises erklärte denselben der Beihilfe der Ehrenkränkung des Amtmanns W., verübt in Beziehung auf seinen Dienst, für schuldig und verfällte ihn in eine Gefängnißstrafe. Das Oberhofgericht änderte das Urtheil dahin ab, daß der Angeklagte von der gegen ihn erhobenen Klage freizusprechen sei.

Entscheidungsgründe.

Hat der Anwalt oder Bevollmächtigte einer Partei, auf deren ausdrückliches Verlangen, von ihr als wahr verbürgte Thatsachen angeführt, welche den Vorwurf eines leidenschaftlichen Verfahrens und einer rohen Behandlung der Partei durch den Richter rechtfertigen und die deßhalb begehrte Ablehnung desselben begründen, so kann er für diesen Vortrag nicht verantwortlich gemacht werden, insofern keine, schon ihrer Form nach beleidigende, Ausdrücke von ihm gebraucht worden sind.

Dieser Grundsatz muß im vorwürfigen Fall zur Anwendung kommen, obschon der Rekurrent die Befugniß zur gerichtlichen Vertretung von Parteien nicht hat, da dieser Mangel nur zum Einschreiten wegen unbefugten Schriftverfassens berechtigen kann.

Außer allem Zweifel ist es nun aber, daß der Rekurrent von Joseph Bohnenstengel diejenigen Thatsachen, auf deren Grund die Anklage erhoben wurde, zum Behufe ihres Vortrags mitgetheilt erhalten hat. Letzterer erklärte selbst in dem gegen ihn wegen Ehrenkränkung, verübt am großh. Amtmann W. zu Waldshut, eingeleiteten Verfahren: „er bleibe dabei stehen, daß er bei dem Bezirksamte Waldshut in der Tagfahrt vom 1. April 1854 durch den dortigen Beamten so behandelt worden sei, wie dies in der an das großh. Hofgericht gerichteten, von dem Rekurrenten aus seinem und Egel's Auftrag verfaßten Beschwerdeschrift dargestellt wurde.“ Der Rekurrent, welcher seinen Auftraggeber noch überdies auf die Folgen der etwaigen Grundlosigkeit seiner Behauptungen aufmerksam gemacht haben will, konnte und durfte in ihn das Vertrauen setzen, daß er ihn in einer so ernsten Angelegenheit nicht mit Unwahrheiten behellige. Hat er nun im guten Glauben an die Richtigkeit des ihm mitgetheilten Vorgangs denselben nach der Intention der

Partei dazu benützt, um eine vermeintliche Rechtskränkung von ihr abzuwenden, so liegt hierin schlechterdings kein Grund zur Unterstellung einer strafbaren Absicht auf Seiten des Rekurrenten. Die Schrift enthält auch keinerlei Ausdrücke, welche ihrer Form nach verletzend sein könnten; ebensowenig läßt sich behaupten, daß ihr Inhalt zur Sache ungehörig sei. Es war nemlich der Antrag gestellt, die Appellationsverhandlung einem andern Richter zu übertragen. Das Ablehnungsgesuch mußte sohin mit Gründen unterstützt werden, und als solche konnte eine leidenschaftliche Stellung des Richters oder eine ungebührliche Behandlung der Partei durch denselben geltend gemacht werden. Hat sich nun der hierin dem Richter gemachte Vorwurf als wahrheitswidrig herausgestellt, so kann dem Obigen zufolge das hierdurch verübte Vergehen nur der Partei selbst, nicht aber dem Schriftverfasser zugerechnet werden.

Aus diesen Gründen war das hofgerichtliche Urtheil, wie geschehen, abzuändern. Hgr.

V.

Rekursfristen in Ehescheidungssachen.

v. Hohnhorst, Jahrb. I. 301. III. 119.

Die Frage: welche Fristen bei Rekursen in Ehescheidungssachen gelten? kam bei großh. Oberhofgericht neuerdings zur Erörterung in dem Prozesse der Heinrich Janson'schen Eheleute, wegen Scheidung aus einer bestimmten Ursache. Der Sachverhalt ist kurz folgender.

Die Klägerin hatte gegen das ihr am 14. August 1855 eröffnete Urtheil des großh. Hofgerichts, wodurch sie mit ihrer Ehescheidungsklage abgewiesen ist, zwei Tage später den Rekurs angemeldet, die Rekursschrift selbst aber erst am 15. Oktober eingereicht und sich für deren Rechtzeitigkeit auf den §. 70 der Eheordnung berufen, welcher über den Rekurs in Ehesachen wörtlich bestimme:

„daß die Beschwerde gegen ein die Trennung versagendes Erkenntniß der Mittelbehörde ohne an eine gewisse Zeit oder Rechtsförmlichkeit gebunden zu sein, angebracht werden könne, so lange noch kein gemeinschaftliches Anerkenntniß einer ausgesprochenen Anordnung zu Stand gekommen sei."

Diese Lex specialis über den Recurs in Ehesachen sei bis jetzt nicht aufgehoben, insbesondere nicht durch den §. 11 des II. Einf.-Ed. zum L.R., da dieser blos in Bezug auf die Competenz in Ehesachen eine Aenderung getroffen, im Uebrigen aber die bis dahin geltenden Bestimmungen der E.O. über das Verfahren in Ehescheidungssachen aufrecht erhalten habe.

Von großh. Oberhofgericht wurde jedoch der Rekurs als verspätet, somit unzulässig verworfen.

Entscheidungsgründe.

Die Bestimmungen der E.O. auf deren §. 70 die Rekurrentin sich dafür beruft, daß der Recurs in Ehescheidungssachen an keine Fristen gebunden sei — haben seit Einführung des Landrechts, gemäß S. 311a desselben, nur in so weit noch Gültigkeit, als sie neben den landrechtlichen Bestimmungen noch bestehen können. Es bestimmt nun aber das L.R. in S. 263 unter dem Titel über die Form des Verfahrens bei der Ehescheidung aus einer bestimmten Ursache, daß gegen das in solchem Betreff ergangene Urtheil die Berufung in der gesetzlichen Frist angezeigt und ausgeführt werden müsse, und wenn nun auch das L.R. diese Frist nicht näher bestimmt, vielmehr offenbar diese Bestimmung der Pr.O. überläßt, so verordnet dagegen der §. 11 des II. Einf.-Ed. zu jenem Titel des L.R. allgemein, daß das Verfahren in Ehestreitigkeiten dasselbe sein soll, wie im Beschuldigungsprozesse in Untersuchungssachen.

In dieser Bestimmung liegt nun aber eine Ergänzung der Vorschrift des L.R.Satzes 263 in Bezug auf die Fristen der Rekursausführung, indem durch die allgemeine Hinweisung auf das Verfahren im Beschuldigungsprozesse und das Untersuchungsverfahren überhaupt auch das Rekursverfahren hier mitinbegriffen zu erachten ist.

Es gelten hiernach, da in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen den Fristen im Beschuldigungsprozeß und dem gewöhnlichen Untersuchungsverfahren besteht — die Fristen, wie sie das Gesetz vom 3. August 1837 für Rekurse in gerichtlichen Strafsachen bestimmt, nemlich 4 Wochen zur Ein- und Ausführung des Rekurses ꝛc.

Zum Schlusse ist der Vollständigkeit wegen noch anzuführen, daß die eventuelle Nachsichtsbitte der Rekurrentin nicht für begründet erachtet wurde.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 47. | Mannheim, 17. November 1855.

I.

Sind Aftererbsetzungen selbst dann unwirksam, wenn der Testirer schon vor, der Fiduciar hingegen nach dem 1. Januar 1810 mit Tod abgegangen ist?

Noch immer kommen Testamente vor, in welchen unter der Herrschaft des alten Rechts gültige Substitutionen verfügt wurden, die man jetzt häufig bestreitet, weil das Landrecht keine Aftererbsetzungen mehr duldet.

Doch sind Doctrin und Praxis in dieser Materie, wie sich nachher zeigen wird, bis jetzt noch so wenig geläutert, daß bei der hohen Bedeutung des Gegenstandes die gegenwärtige Erörterung zum wenigsten nicht als überflüssig erscheinen dürfte.

Der L.R.S. 896 — so weit dessen Inhalt hier in Betracht kommt — lautet wörtlich:

„Aftererbsetzungen sind verboten. Jede Verfügung, welche einem Geschenknehmer, Erbnehmer oder Erbstücknehmer auferlegt, einem Dritten etwas aufzubewahren und ihm zurückzuliefern, ist für sie unverbindlich." *)

Nun lehrt Brauer, Erl. II. 315 folgendes:

„Eine wichtige Veränderung geht durch das hier beschriebene Verbot der Aftererbsetzungen im gemeinen Erbgang vor. Es heißt: „Aftererbsetzungen sind verboten;" dadurch allein würden nur künftige untersagt, vergangene nicht entkräftet, vermöge Satz 2. Es heißt aber weiter: „Jede Verfügung, welche einem Erbnehmer auferlegt, einem Dritten etwas aufzubewahren und ihm zurückzuliefern, ist für ihn unverbindlich; damit erhält unser Satz eine Kraft, die jede künftige Erbhoffnung aus einem solchen, obwohl früher gegebenen Aftererbrecht, zerstört, und erhält sie auf eine Art, welche kraft des Zusatzes 2 b nicht als eine unerlaubte Rückwirkung betrachtet werden kann."

Was ist wohl der Kern dieser Erläuterung? Sie trägt eine Unterscheidung in den oben angeführten Inhalt des L.R.S. 896 und legt denselben dahin aus, daß der erste Satz, der die Aftererbsetzungen verbietet, vermöge L.R.S. 2, nur künftige untersage; wogegen der zweite Satz, welcher die Auflagen für unverbindlich erklärt, vermöge L.R.S. 2 b, jede Hoffnung aus einem obwohl früher gegebenen Aftererbrecht zerstöre, ohne rückwirkend zu sein!

Dieser Auslegung können wir, bei aller Pietät für den genialen Commentator unseres Landrechts, unmöglich beipflichten, theils weil die erwähnte Distinction rein willkürlich, theils weil der Sinn des L.R.S. 2 b kein anderer ist, als der: daß Gesetze erlassen werden können, welche in gewisser Beziehung, unbeschadet der Regel des L.R.S. 2, für vergangene Fälle maaßgebend sind.

Durch den Zusatz 2 b wurde jedoch nur ein Grundsatz aufgestellt, dessen Anwendung mittelst ausdrücklicher Vorschriften dem Gesetzgeber allein zukommt.

Daß von diesem Grundsatz und Vorbehalt zwar nicht im ersten, wohl aber im zweiten Satze des L.R.S. 896 Gebrauch gemacht worden sei, läßt sich aus ihm selbst nicht erkennen, und auch deßhalb nicht annehmen, weil der zweite nur eine Consequenz des ersten ist, so daß, wenn jener blos die künftigen Aftererbsetzungen verbietet, dieser nimmermehr die vergangenen afficiren, geschweige denn zerstören kann.

Man hat sich zwar zur Unterstützung der Brauer'schen Ansicht in Entscheidungsgründen noch weiter auf eine

*) Getreu übersetzt müßte es „nichtig" statt „unverbindlich" heißen, weil im französischen Text das Wort „nulle" gebraucht ist.

Rechtsbelehrung vom 2. Juni 1810, Abs. III. (Reggsbl. No. 26 S. 205) berufen, um die Unwirksamkeit vorlandrechtlicher Aftererbsetzungen zu rechtfertigen.

Jahrbücher, n. F. III. 207.

Allein nebstdem, daß diese Rechtsbelehrung als eine blos doctrinelle, den Richter nicht bindet, ist darin lediglich von solchen Aftererbsetzungen die Rede, welche in älteren Verträgen, namentlich in Eheverträgen, beliebt worden sind, wie ganz zweifellos daraus hervorgeht, daß auf Art. XII. §. 3 des I. Einführungsedikts verwiesen ist, wodurch allen Eheleuten ohne Unterschied und Ausnahme gestattet wurde, ihre ehelichen Verhältnisse noch bis zum 1. Januar 1812 vertragsmäßig zu reguliren. Diese Vergünstigung bezieht sich mithin nicht auf Testamente, und namentlich nicht auf solche, deren Urheber bereits bei Einführung des Landrechts verstorben waren.

In so fern die gedachte Rechtsbelehrung noch außerdem auf den L.R.S. 900 Bezug nimmt, wird es kaum der Bemerkung bedürfen, daß dieser Satz, weil ebenfalls nur für die Zukunft maaßgebend, auf Testamente, die schon vor dem 1. Januar 1810 errichtet wurden, keine Anwendung findet. Bei einer spätern Entscheidung,

Jahrbücher, n. F. VI. 470,

welche eine vorlandsrechtliche Aftererbsetzung für den Fiduciar unverbindlich erklärt hat, wurde auch weder die Rechtsbelehrung noch die Brauer'sche Erläuterung, sondern der Absatz XI. No. 4 des I. E.E. zu Grundlage genommen, welcher besagt:

wohingegen

4) was den innern Gehalt solcher letzten betrifft, derselbe nach obiger Zeitfrist des ersten Juli 1809 nur so zum Vollzug kommen kann, wie er mit den jetzigen Gesetzen besteht, als unter deren Herrschaft er durch den Tod erst zu Kräften gelangt, und daß mithin dasjenige darin für nicht geschrieben zu achten ist, was mit diesem gar nicht besteht, dasjenige aber, was, wiewohl mit einigen Veränderungen, bestehen kann, nur in dieser geänderten Maaße zum Vollzug kommen kann, und demnach derjenige, welcher es darauf nicht ankommen lassen will, in Zeiten seine frühere letzte Willensverfügung durchsehen und so ändern mag, wie nun in der neuen Ordnung der Dinge er seine Absichten am liebsten erreicht zu sehen wünscht."

Hier hat der Gesetzgeber — wie uns scheint — von dem in L.R.S. 2 b aufgestellten Grundsatze wirklich Gebrauch gemacht, und ausdrücklich bestimmt: daß ältere Testamente nach Ablauf der Gnadenfrist nur noch so weit zum Vollzug kommen dürfen, als die letztwilligen Verfügungen mit den Vorschriften des neuen Landrechts im Einklange stehen. Da nun fideicommissarische Substitutionen nach S. 896 als unerlaubt hinwegfallen, so folgt daraus, daß der Fiduciar, beziehungsweise dessen Verlassenschaft, nicht angehalten werden kann, die betreffenden Vermögenstheile an den Aftererben zu verabfolgen. Vergl. L.R.S. 6 n.

Aus der buchstäblich angeführten Stelle des Einführungsedikts ersieht man jedoch weiter, daß die dort gegebene Vorschrift nur für diejenigen Personen gelten sollte, welche damals noch am Leben waren, weil die Todten, wie natürlich, ihre Testamente nicht mehr ändern konnten.

Wenn also Jemand nicht erst nach, sondern schon vor dem 1. Januar 1810, und folglich noch unter der Herrschaft des ältern Rechts mit Hinterlassung eines Testamentes verstorben ist, in welchem eine nach den zur Zeit seiner Errichtung bestehenden Gesetzen gültige Aftererbsetzung verfügt war, so muß diese Verfügung ohne Zweifel nicht blos zu Gunsten des Fiduciars, sondern auch, nach seinem unter der Herrschaft des Landrechts erfolgenden Tode, zu Gunsten des Aftererben in Vollzug gesetzt werden, da der L.R.S. 896, wie gezeigt, auf vergangene Fälle in keinerlei Beziehung zurückwirkt, und der L.R.S. 2 b an und für sich den Richter durchaus nicht ermächtigt, dem L.R.S. 896 rückwirkende Kraft beizulegen.

II.

Verzicht auf das gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen.

(Vrgl. No. 43 III. S. 342. 343 dieses Jahrgangs und 1853 No. 22 III. S. 172. 173.)

Wenn ein Anleiher, der Kinder aus einer früheren Ehe hat, für eine aufzunehmende Darleihe Liegenschaften zum ersten Unterpfande geben soll, so steht das ältere gesetzliche Unterpfandsrecht jener Kinder im Wege.

Um dieses Hinderniß der nöthigen Kapitalaufnahme zu beseitigen, stellt der Vater den Antrag an die Obervormundschaftsbehörde, indem er die Verhältnisse möglichst günstig schildert, den Verzicht auf den Vorrang des Pfandrechts seiner Kinder zu Gunsten des Darleihers zu genehmigen. Diese Genehmigung erfolgt sodann, auch wenn der besondere Pfleger und die nächsten Verwandten nichts dagegen erinnern, auf ein günstiges Gutachten des Ortsvorstehers und Waisengerichts gewöhnlich ohne Anstand. (Nur wenn augenscheinliche Gefahr für das Vermögen der Kinder sofort sich kund gibt, fällt das Gutachten ungünstig aus.) Der Darleiher ist dann der Ansicht, daß er wirklich das erste Unterpfandsrecht habe.

Wenn dann aber troß des günstigen Prognosticons die Kinder dennoch durch den Vorrang des Darleihers später benachtheiligt werden, müssen sie den Verlust ruhig hinnehmen, oder wie können sie ihn von sich abwenden?

Um diese Frage beantworten zu können, wird man wohl erst prüfen müssen, auf welchen gesetzlichen Anordnungen ein solcher Verzicht beruht.

Nehmen wir das Landrecht zur Hand, so finden wir in den Säßen 2161 ff. nur Bestimmungen über Minderung solcher eingetragener Vorzugs- oder Unterpfandsrechte, welche alles gegenwärtige oder auch das künftige Vermögen des Schuldners umfassen. Eine specielle Anwendung dieser Säße auf die Liegenschaften des Vormunds enthält L.R.S. 2143 und in den L.R.S. 2140—2142 ist gestattet, die Eintragung selbst von vornherein auf einzelne Liegenschaften zu beschränken.

Hierzu verfügt das II Einf.-Ed.: „Auf das Gesuch eines Vormunds um Beschränkung des Unterpfandsrechts seines Curanden — beschließt die ordentliche Obrigkeit im **polizeilichen Wege. Sie haftet regressorisch für den Schaden, der durch allzugroße Beschränkung des Unterpfandsrechts den Betheiligten erwächst, falls sie gegen ihren und ihrer Vertreter Willen geschieht.**"

Dem entsprechend, schreibt in der Instruktion für die Pfandschreibereien vom Jahr 1822 der §. 20 in der durch Ministerialerlaß vom 4 Juli 1824, No. 8025 geänderten Fassung vor:

„Wenn durch die allgemeinen Unterpfands- und Vorzugsrechte der Minderjährigen ꝛc., die Pfleger u. s. w. in ihrer Eigenthumsdisposition zu sehr beengt werden sollten, so bleibt ihnen unbenommen, sich an das betreffende Amt zu wenden, und um Beschränkung des Unterpfands auf gewisse Liegenschaften zu bitten, deren Betrag zur Sicherung des Gläubigers hinreicht.

Ueber dieses Gesuch findet ein Verfahren in polizeilichem Wege statt, indem der Betheiligte hierüber vernommen werden, **und das Amt regressorisch verhaftet bleiben muß, wenn durch eine allzugroße, gegen den Willen der Interessenten und ihrer Vertreter ausgesprochenen Beschränkung für solche Schaden erwachsen sollte.**

Das Erkenntniß des Amts auf Minderung des Unterpfandes ist dem Pfandgericht jedesmal mitzutheilen und von diesem hiernach der Eintrag zu besorgen."

Das Amt, welches über die Anträge der hier zur Mitwirkung gesetzlich berufenen Vertreter des Minderjährigen hinausgeht, hat hiernach diesem für Schaden zu haften.

Einen **Verzicht auf den Vorrang des Unterpfandsrechts des Minderjährigen** auszusprechen, ermächtigt aber das Gesetz dessen Vertreter nicht; es würde mit einer solchen Ermächtigung sich selbst entgegenwirken, da es für nöthig gefunden hat, die Minderjährigen durch Einräumung eines gegen das von ihm aufgestellte System der Specialität und Publicität selbst ohne Eintrag auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Liegenschaften des Vormunds wirkenden Pfandrechts — L.R.S. 2121. 2135. 1. — gegen Nachtheile zu sichern. Es kann folgerichtig nicht zugeben, daß diese seine, den Minderjährigen erwiesene Wohlthat in einzelnen Fällen diesen entzogen und dadurch die Absicht des Gesetzgebers vereitelt, es hat nur zugegeben, daß sie im einzelnen Falle einer Collision auf ein genügendes Maß beschränkt werde. *)

In dem Abschnitt des Landrechts über die Verwaltung des Vormunds, ist demselben nirgends die Befugniß eingeräumt, ein bereits erworbenes Recht seines Mündels unentgeldlich aufzugeben, und wenn ihm auch nach L.R.S. 457 vrgl. mit §. 19 II. Einf.-Ed. unter gewissen Voraussetzungen gestattet ist, mit Ermächtigung der Obrigkeit liegende Güter des Mündels zu veräußern, d. h. in baar

*) In dem Justizministerialerlaß vom 8. April 1853, Nr. 3138 ist gleichfalls anerkannt, daß den Polizeibehörden nirgends gestattet ist, das erste Unterpfandsrecht der Minderjährigen auf ein Nachpfandrecht zu beschränken. Annalen 1853 a. a. O.

Geld umzusetzen, so kann hieraus die Ermächtigung zum Verzicht auf den Vorrang des Pfandrechts des Mündels zum Preisgeben seiner Sicherung ohne Entgeld offenbar nicht abgeleitet werden.

Aus diesen Erwägungen dürfte zu folgern sein, daß

a) Großjährige, zu deren Nachtheil ein solcher Verzicht während ihrer Minderjährigkeit stattgefunden hat, sich solchen nicht gefallen lassen müssen, und dessen Realisirung beanstanden können *),

b) wenn er schon realisirt ist, die Beamten, welche einen solchen Verzicht genehmigten, für den Schaden verantwortlich gemacht werden können, der durch den Verzicht veranlaßt worden ist, und sie werden sich kaum damit vertheidigen können, daß sie den Anträgen des Vertreters des Minderjährigen entsprochen haben, da diese Vertreter gar nicht berufen waren, hier mitzuwirken, ihre Mitwirkung also auch nicht wie bei der Minderung des Pfandrechts Deckung bieten kann.

Stf.

*) Diese Ansicht haben in dem in den Annalen v. 1853 a. a. O. bezeichneten Falle 3 von 7 Stimmführern des höchsten Gerichtshofs festgehalten.

III.

Zur Erläuterung der gesetzlichen Erfordernisse des Verbrechens der Fälschung von Grenzsteinen mit Anwendnug und Auslegung der Gesetze über die stückweise Vermessung der Liegenschaften des Großherzogthums Baden.

Entscheidungsgründe

zum Erkenntnisse des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 27. Oktober l. J. J.U.S. gegen Klemm.

Durch Art. 2 des Gesetzes vom 26. März 1852 über die stückweise Vermessung der Liegenschaften des Großherzogthums (Reg.-Bl. No. XV.) ist vorgeschrieben, daß bei dem Bestehen von Grenzstreitigkeiten, welche sich vor der Vermessung nicht durch Vergleich oder richterliches Urtheil beseitigen lassen, das Errichten von Merkmalen der Eigenthumsgrenzen insoweit unterbleiben muß, als das Streitverhältniß es erfordert.

Dieser aus der Unantastbarkeit des Eigenthums fließende Grundsatz ist auch in dem neuen Gesetze vom 20. April 1854 (Reg. Bl. No. XXI.) nirgends aufgehoben oder verlassen worden, und so ist die Vorschrift in dessen Art. 1 und 2, daß die Grundeigenthümer zur Feststellung der Eigenthumsgrenzen durch Aussteinung verpflichtet sind, damit in Einklang zu bringen, wodurch sie die Bedeutung gewinnt, daß wenn die Grenzen unbestritten sind, deren Aussteinung stattfinden muß, während dies nach dem ersten Absatz von Art. 2 des Gesetzes vom 25. März 1852 nicht in solcher Allgemeinheit geboten war.

Es liegt auch in der Natur der Sache, daß eine im öffentlichen Interesse erfolgende Vermessung nicht über die Privatrechte an Grund und Boden verfügen darf, über welche zu entscheiden nur den Gerichten zusteht. Uebereinstimmend mit dieser Auffassung bestimmt auch die Vollzugsverordnung des großh. Finanzministeriums (Reg Bl. 1854 No. XXXV.) nur, daß bei Grenzstreitigkeiten die Vertreter der Gemarkung und der Geometer sich bemühen sollen, dieselben in Güte zu schlichten (§. 1), und daß beim Ausbleiben der vorgeladenen Eigenthümer (wo man also deren stillschweigende Einwilligung unterstellen darf) die Vermarkung vorzunehmen ist, woraus folgt, daß wenn wegen Grenzstreitigkeiten von den Grundeigenthümern Einsprache erhoben wird, welche nicht gütlich beigelegt werden kann, die Aussteinung der Eigenthumsgrenzen keineswegs stattfindet, vielmehr nach dem zweiten Absatz von Art. 2 des Gesetzes vom 26. März 1852 verfahren werden muß.

Ist nun dem zuwider bei Gelegenheit der Vermessung die Aussteinung einer Eigenthumsgrenze erfolgt, so entbehren die dabei gesetzten Grenzsteine jenes Charakters der Gültigkeit gleich öffentlichen Urkunden (Annalen XVIII. S. 321. Note **), XXI. S. 159. Oberhofgerichtliches Urtheil), welches §. 438 St.G.B. als Erforderniß des Verbrechens der Fälschung von Grenzsteinen voraussetzt und mit dem Ausdruck „ächte Grenzsteine" bezeichnet.

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so sind zwar die Grundeigenthümer bei der Katastervermessung in der Gemarkung Eckartsweier gehörig eingeladen worden, der Absteckung der Eigenthumsgrenzen beizuwohnen, allein es ist ihnen noch überdies vor Beginn des Steinsatzes gestattet worden, binnen einer gewissen Frist ihre Einwendungen gegen die Auspfählung geltend zu machen, und der Angeschuldigte behauptet, diese Einsprache rechtzeitig vorgetragen zu haben, was auch durch die Aussage des Gemeinderaths Beinert genügend bewiesen ist. Da nun die fraglichen Grenzsteine ohne Rück-

sicht auf diese Einsprache gesetzt worden sind, dieselbe auch keineswegs an sich schon unbegründet erscheint, indem sie sich auf die Behauptung einer unrichtigen Theilung des betreffenden Grundstücks stützte, so sind diese Grenzsteine keine ächten im Sinne des §. 438 St.G.B, weßhalb deren allerdings unbefugte Beseitigung durch den Angeschuldigten nicht den Thatbestand einer Fälschung von Grenzsteinen bildet.

Ebendieß ist aber auch deßhalb der Fall, weil der Angeschuldigte bei dieser Handlung der in §. 438 St G.-B. vorausgesetzten Zwecke verfolgte, denn von betrüglicher Entkräftung oder Begründung von Liegenschaftsansprüchen, sowie von Beschädigung des Gutsnachbarn ist nach allen Umständen keine Rede, und der letzte Fall, daß es nemlich geschehen sei, um sich über die wahre Grenze ein Beweismittel zu verschaffen, liegt deßhalb nicht vor, weil dies durch das blose Herausreißen der Grenzsteine, wie es hier geschah, nicht erreicht werden kann, indem solches nur die Beseitigung eines Beweismittels bildet, das Verschaffen eines Beweismittels aber nur durch weitere Umstände oder Handlungen bewirkt werden könnte.

Die Frage, ob der Angeschuldigte eine strafbare Selbsthilfe verübt hat, ist nicht weiter zu prüfen, weil es dazu einer Anklage des Beschädigten bedürfte (St.G.B. §. 279), dieser aber, nemlich Andreas Scheer, nicht einmal eine Untersuchung beantragt hat.

Die Erkennung der in Art. 8 des Gesetzes vom 20. April 1854 (Reg.-Bl. No. XXI.) für die nicht unter das Strafgesetz fallenden Beschädigungen von Grenzmarken gedrohten Geldstrafe ist eben dort den Polizeibehörden zugewiesen. (Vergl. §. 19 der Vollzugsverordnung in Reg.-Bl. 1854, No. XXXV.)

Da demnach die Handlung des Angeschuldigten nicht als ein gerichtlich strafbares Vergehen erscheint, so ist nach Einf.-Ges. vom 5. Februar 1854 §. 35 Abs. 1 zu erkennen, es sei, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht ist, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verhandlung vorhanden, der Angeschuldigte jedoch in Anwendung von §. 355 St.Pr.O. in die Kosten zu verfällen.

Der Angeschuldigte gab an, daß er die Steine entfernt habe, weil er befürchtete, daß man sonst ein Anerkenntniß der Grenzen von seiner Seite darin finden möchte, sowie daß er aus Unverstand so eigenmächtig gehandelt habe, und dieß ist wohl der wahre Sachverhalt.

Damit wäre aber auch nach dem gemeinen Recht, obwohl es eine bestimmte Absicht nicht voraussetzt, das Verbrechen der Grenzverrückung ausgeschlossen, weil es immerhin verlangt, daß die Grenzverrückung böslicher und gefährlicher Weise geschah. C.C.C. Art. 114. Feuerbach §. 423.

Das Strafedikt §. 51 bringt dies Verbrechen mit jenem der Fälschung öffentlicher Urkunden in Verbindung, und dessen von ihm erwähnte verschiedene Arten sind ebenfalls hier nicht vorhanden.

Mit richtigem Takte hatte das Bürgermeisteramt die Sache nur zur polizeilichen Abwandlung angezeigt.

Dr. Puchelt.

IV.

Rechnersuntreue und Fälschung. Schadenersatz. Stellvertretende Strafe für Dienstentlassung. §. 687. 688. 690. 692. 698. 704 St.G.B.

Accisor und Steuerheber Ignaz Buchmann von L. hatte nach seinem Geständnisse von den Geldern, die er von den Abgabepflichtigen bezogen, in verschiedenen Beträgen die Summe von 109 fl. 49 kr. aus Noth in seinen Nutzen verwendet und zugleich ein falsches Rechnungsjournal geführt, indem er bei 4 Posten im ganzen 4 fl. 29 kr. weniger in Einnahme stellte, als er von den Steuerpflichtigen in Wirklichkeit bezog und quittirte. Buchmann hatte eine Dienstkaution von 100 fl. hinterlegt.

Als diese Sache beim Hofgericht des Seekreises zur Aburtheilung kam, entstand

1) die Frage, ob sich Buchmann neben der Rechnersuntreue auch der Fälschung schuldig gemacht habe? Ein Votant nahm an, daß darin, daß derselbe weniger Gelder in seinem Journal in Einnahme stellte, als er bezogen und quittirt hatte, das Verbrechen der Urkundenfälschung liege. Von der Majorität wurde dies als unrichtig angesehen, weil das Journal vom Angeschuldigten selbst geführt war, somit der Eintrag ächt und nur der Inhalt ein unwahrer ist (vrgl. obrrhofg. Jahrb. n. F. VII. S. 78 Note.)

Aus den Anmerkungen der Gesetzgebungskommission zum Entwurf des St.G.B. S. 272 geht auch unzweifelhaft hervor, daß nur, wenn falsche Einnahms- und Ausgabsbelege gefertigt, oder ächte

verfälscht werden, die Strafe der Fälschung eintritt.

Sodann kam

2) die Frage zur Sprache, ob die Dienstkaution als Ersatz gelte? (Vrgl. Blätter für Justiz und Verwaltung, Bd. I. S. 20. 21.) Diese Frage wurde von sämmtlichen Votanten bejaht, weil nach §. 692 St.G.B. die Freiheitsstrafe ganz oder theilweise wegfällt, wenn die Kasse von dem Schuldigen oder von Andern, die dazu nicht rechtlich verpflichtet sind, vor eingetretener Rechtskraft des Straferkenntnisses, durch baaren Ersatz oder in anderer Weise ganz oder theilweise befriedigt wird. Und aus den Kammerverhandlungen ergibt sich, daß man für den Ersatz auch die eingelegte Dienstkaution gelten lassen wollte.

Ferner war es

3) fraglich, ob hier nicht die Bestimmung in §. 688 St.G.B. zur Anwendung kommen müsse, weil nach Abzug des Betrages der Dienstkaution die Receßsumme nur noch 9 fl. 49 kr. ausmacht? Ein Votant bejahte dieses. Die Majorität nahm aber an, daß der § 688 nur dann anwendbar sei, wenn der Receß ursprünglich weniger als 50 fl. beträgt, nicht aber dann, wenn derselbe ursprünglich mehr als 50 fl. beträgt und diese Summe nur durch Ersatz unter 50 fl. herabsinkt, welche Ansicht in dem Wortlaut des §. 688 ihre volle Bestätigung findet, indem hiernach die erste Uebertretung nur insofern dienstpolizeilich zu bestrafen ist, als die in den eigenen Nutzen verwendeten Gelder oder anderen Gegenstände weniger als 50 fl. betragen.

Endlich wurde noch

4) die Frage aufgeworfen, ob statt der Dienstentlassung die stellvertretende Strafe zu erkennen sei? Ein Votant verneinte diese Frage, indem er behauptete, daß eine Steuerheberstelle eine ständige Stelle, ein Steuerheber, welcher definitiv als solcher angestellt, daher ein ständiger Diener sei, und unter dem Ausdruck „ständiges Amt" blos der Gegensatz von einem nur provisorischen Amte bezeichnet werden wollte. Die Majorität sprach sich dagegen dahin aus, daß die Stelle eines Accisors und Steuererhebers nicht als ein ständiges Amt angesehen werden könne, weil ein solcher, wie überhaupt jeder niedere Diener nur widerruflich angestellt sei. Reg.-Bl. von 1835 S. 248, von 1836 S. 287. Deßhalb wurde angenommen, daß die Bestimmung in §. 703 auch auf Steuerheber Anwendung finde. (Vrgl. Annalen XXI. S. 128, XXII. S. 117.)

Von dem Gerichtshof wurde somit die Strafe der Rechnersuntreue in Gemäßheit des §. 687 nach §. 403 Z. 1 bemessen und statt der Dienstentlassung die im §. 169 bestimmte stellvertretende Strafe erkannt.

Haager.

V.

1) Gleichstellungsgelder sind selbst dann nicht kraft Gesetzes zinstragend, wenn bei der Theilung, aus welcher sie herrühren, der Schuldner Früchte tragende Liegenschaften erhalten hat.

2) Sind in der Klage, wenn auch mit Unrecht, solche Zinsen gefordert worden, so darf der Richter dem Kläger die Verzugszinsen vom Tage der Ladungszustellung an zuerkennen.

Huber gegen Huber.

Bei der Erb- und Gemeinschaftstheilung auf Ableben ihrer Mutter wurde den beiden Klägerinnen zur Gleichstellung eine Forderung von einigen Tausend Gulden an ihren Vater, den jetzigen Beklagten, zugeschieden, weil dieser die zur Gütergemeinschaft gehörigen Liegenschaften übernahm. In der Theilung ist bestimmt, daß der Beklagte bis zur erreichten Volljährigkeit der Klägerinnen deren ganzes mütterliches Vermögen und von da an auf die Dauer seines Lebens ein Viertheil davon zu nutznießen habe, ohne daß dem Beklagten auferlegt wurde, diese drei Viertheile des mütterlichen Vermögens seiner Töchter (das heißt, der von ihm an jene auszuzahlenden Gleichstellungsgelder) von deren Volljährigkeit an zu verzinsen. Die beiden Klägerinnen blieben noch mehrere Jahre, nachdem sie majorenn geworden waren, im väterlichen Hause, zogen aber dann in Folge eines Familienzwists fort, und verlangten sofort von dem Beklagten nicht nur die Auszahlung der ihnen unbestritten gebührenden Gleichstellungsgelder, sondern auch 5 pCt. Zinsen daraus vom Tage des Eintritts ihrer Volljährigkeit an. Mit dem Anspruche auf Zinsen wurden sie jedoch in beiden Instanzen abgewiesen, und zwar bei großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises durch Urtheil vom 12. Oktober 1855.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerinnen finden sich durch das amtliche Urtheil insoferne beschwert, als sie mit dem seit ihrer respectiven Volljährigkeit in Anspruch genommenen Zinse aus denjenigen Capitalbeträgen, welche ihnen der Beklagte von ihrem mütterlichen Vermögen sofort auszuliefern hat, abgewiesen worden sind.

Es erscheint indessen diese Beschwerde unbegründet.

Alle Zinsen sind entweder gesetzliche oder bedungene. L.R.S. 1907.

Daß diese Zinsen bedungen worden, ist nicht behauptet; dagegen wurden solche auf den Grund des L.R.S. 1652 Z. 2 als gesetzliche insoferne in Anspruch genommen, als behauptet wurde, daß dasjenige Vermögen, welches dem Beklagten in der Erbtheilung seiner Ehefrau gegen Herauszahlung der jetzt mit eingeklagten Capitalbeträge zugetheilt worden sei, zum größten Theile in Liegenschaften, mithin Früchte tragenden Sachen, bestanden habe.

Abgesehen davon aber, daß nicht jede Liegenschaft als solche schon Früchte trägt, und selbst angenommen, die dem Beklagten zugetheilten Liegenschaften seien sämmtlich fruchttragend, erscheint der Satz 1652 Z. 2 hier, wo es sich nicht um einen Kauf, sondern um Erbtheilung handelt, gänzlich unanwendbar, und konnte nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen (L.R.S. 1146. 1153), sondern auch nach dem I. Einf.-Ed. zum L.R. No. VIII. Z. 4 von einem Rechte der Klägerinnen auf Zinsen erst von da an die Rede sein, als sie ihr mütterliches, in Nutznießung des Beklagten gestandenes Vermögen von dem Beklagten herausgefordert und letzteren in Verzug gesetzt hatten, was aber hier erst mit Behändigung der Klage geschehen ist. (Pr.O. §. 284 Z. 2).

Aus letzterem Grunde und nach Ansicht des §. 336 Pr.O. und der L.R.S. 1153. 1907 a, mußte dagegen die Modification des amtlichen Erkenntnisses dahin eintreten, daß der Beklagte zur Zinszahlung seit dem Tage der behändigten Klage zu verurtheilen war, welche Modification indessen auf den Kostenpunkt um soweniger von Einfluß sein konnte, als die Klage unterlassen hatte, diese Zinsen wenigstens eventuell zu begehren.

Aus diesen Gründen ꝛc.

P.

VI.

1) Die Bestimmungen im Gesetz vom 5. Februar 1851 Titel **XII.** „von dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige" findet auf ältere Fälle keine Anwendung, vielmehr ist für die vor dem 1. März 1851 abgeurtheilten Straffachen das provisorische Gesetz vom 1. August 1849, „das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher betr.," maaßgebend.

Annalen XXII. S. 112.

2) Sowohl nach dem eben allegirten Gesetze vom 1. August 1849 (Reggsbl. No. **XLVI.**) als auch nach §. 140 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 gewährt die nochmalige Verkündigung des Urtheils an den verurtheilten Abwesenden, welcher sich stellt oder betreten wird, demselben keineswegs den Anfang der Rekursfrist, vielmehr nur das Recht zu einer erleichterten Art der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Die beiden in der Ueberschrift allegirten Gesetze bestimmen mit denselben Worten, daß, wenn der verurtheilte Abwesende sich stellt oder betreten wird, ihm das Erkenntniß nochmals zu verkünden ist. Faßt man nur diese Gesetzesstelle in das Auge, so kann man leicht auf den Gedanken kommen, daß von dieser Verkündung an, dem Verurtheilten eine neue Rekursfrist laufe, und man könnte dies damit rechtfertigen, daß es eine natürliche Folge seines persönlichen Erscheinens sei. In der That hat auch die Strafprozeßordnung in ihren nicht in Wirksamkeit getretenen Paragraphen neben den sonst gleichen Bestimmungen (§. 319 Abs. 2 u. 3) noch die weitere Vorschrift, daß dem Verurtheilten innerhalb der erst von dieser nochmaligen Verkündung an zu rechnenden Frist das Rechtsmittel des Rekurses zusteht, sofern er nicht vorzieht, die ihm erleichterte Wiederaufnahme des Verfahrens zu begehren. (St.P.O. §. 323.) Sind nun aber die fraglichen Bestimmungen der Gesetze vom 1. August 1849 und vom 5. Februar 1851 größtentheils der Strafprozeßordnung entlehnt, so folgt gerade aus der Nichtaufnahme jener weiteren Vorschrift des §. 323, daß man diese nicht beliebte, und mit größerer Consequenz der öffentlichen Bekanntmachung des Urtheils auch die Wirkung

des Hervorbringens der Rechtskraft einräumte, und nur die erleichterte Wiederaufnahme des Verfahrens beibehielt.

In diesem Sinne entschied nach Maaßgabe des Wortlauts jener beiden Gesetze das großh. Oberhofgericht durch nachstehendes Erkenntniß vom 27. Oktober l. Jahrs, I. U.S. gegen K. Bernard, wegen Hochverraths.

In Erwägung, daß der vom Jahre 1849 bis zum August 1855 flüchtig gewesene Carl Bernard gegen das nach vorausgegangenem Abwesenheitsverfahren ergangene — der Theilnahme am Hochverrathe ihn für schuldig erklärende Urtheil des großherzogl. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 2. März 1850 den Rekurs ergriffen und dessen Zulässigkeit auf die Bestimmungen des Gesetzes vom 1. August 1849 — das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher betreffend — gegründet hat; —

in Erwägung, daß dieses Gesetz im vorliegenden Falle allerdings maßgebend ist, weil das Urtheil vor dem 1. März 1851 erlassen wurde;

§. 143 des Einf.-Ges. zum St.G.B. vom 5. Februar 1851,

in Erwägung, daß jedoch nach dem Gesetze vom 1. August 1849 ebensowie nach dem Gesetze vom 5. Februar 1851 gegen das einen Abwesenden oder Flüchtigen verurtheilende Erkenntniß von dem Rechtsmittel des Rekurses nur in so lange Gebrauch gemacht werden kann, als ein solches Erkenntniß nicht vollzugsreif geworden ist, daß dagegen nach diesem Zeitpunkte der dem Gerichte sich freiwillig stellende oder betretene Verurtheilte nur noch die Wiederaufnahme des Verfahrens unter gewissen Voraussetzungen zu begehren berechtigt ist;

§§. 10—12 des Ges. vom 1. August 1849.) —

§§. 137. 138 u. 140 des Ges. v. 5. Feb. 1851.

in Erwägung, daß aber das eben erwähnte hofgerichtliche Urtheil schon im Jahre 1850 öffentlich verkündet und innerhalb der gesetzlichen Fristen ein Rekurs dagegen nicht ausgeführt, somit dasselbe schon mehrere Jahre vor der Rückkehr des Karl Bernard vollzugsreif geworden war;

nach Ansicht des §. 351 der St.Pr.O. wegen der Kosten —

wird der von dem Angeschuldigten gegen das gedachte hofgerichtliche Urtheil anher ergriffene Rekurs — unter Verfällung des Angeschuldigten in die deßfallsigen Kosten, als unstatthaft verworfen.

P.

VII.

Eine Appellationsanzeige, die nicht mehr in der gesetzlichen Appellationsfrist einkömmt, kann den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils nicht verhindern; wenn daher auch die Appellationsbeschwerdeschrift nicht noch rechtzeitig eingereicht ward, so gilt die Appellation selbst für versäumt, ohne daß es in solchem Falle einer Verfallenerklärung bedarf.

J. S. Göbel gegen Deppich war das amtliche Urtheil dem Beklagten am 23. Dezember v. J. verkündigt worden; dieser zeigte aber erst am 11. Januar d. J. die Appellation an, für welche die Nothfristen der ordentlichen Berufung liefen. Der III. Senat des unterrheinischen Hofgerichts sprach sich mit Verfügung vom 4. September d. J. No. 9149 dahin aus:

Da die Appellationsanzeige in der gesetzlichen Appellationsfrist nicht mehr einkam (Pr.O. 1171. 1143, vergl. mit §. 244), so konnte diese Anzeige gemäß Pr.O. §. 1134 den Eintritt der Rechtskraft des Urtheils nicht verhindern, und es erscheint die Appellation gemäß Pr.O. §. 1148. 1158 versäumt, ohne daß es in solchem Falle einer Verfallenerklärung bedarf.

Wilckens.

VIII.

Kurzgefaßte Entscheidung des mittelrheinischen Hofgerichts.

In Strafsachen.

St.G.B. §. 104. 106. 376.

Der Dieb, welcher sich in ein fremdes Haus begibt, um bestimmte Gegenstände, z. B Lebensmittel zu stehlen, und dort andere Gegenstände, z. B. Kleider zu sich nimmt, aber an der Ausführung der Entwendung jener Gegenstände, worauf er es abgesehen hatte (z. B. der Lebensmittel), verhindert wird, ist nicht nur des vollendeten Diebstahls der Gegenstände, welche er zu sich genommen hat, sondern auch des Versuchs der Entwendung der anderen Gegenstände, in deren Besitz er noch nicht gelangt war, für schuldig zu erklären.

So wurde erkannt I. U.S. gegen B. Fritsch wegen gefährlichen Diebstahls, während früher z. B. I. U.S. gegen Oser wegen dieses Verbrechens nur erkannt wurde, daß der Angeklagte des vollendeten Diebstahls schuldig sei.

Ottendorff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 48. Mannheim, 24. November 1855.

I.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeßordnung.

XI. Unterscheidung des mündlichen und des abgekürzten Verfahrens, der abgekürzten Appellation und der abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter.

Das Verfahren des zweiten Rechtszuges richtet sich nach der Beschaffenheit des Verfahrens im ersten Rechtszuge und der zu Grunde liegenden Klagsache.

Nach dem System unserer Prozeßordnung (dessen Werth und Erfolg in dieser Richtung dahin gestellt bleiben mag) muß man zwei, beziehungsweise vier Begriffe wohl unterscheiden:

1) Das mündliche Verfahren überhaupt von dem abgekürzten Verfahren und
2) die abgekürzte Appellation überhaupt von der abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter.

Da die Grenzen nicht durchgehends scharf genug ausgezeichnet sind, und daher leicht in Verwirrung gerathen, so ist es um so nothwendiger, daß diese im Gesetz unzweifelhaft begründete Unterscheidung bei Anwendung der einzelnen Gesetzesbestimmungen nie außer Acht gelassen werde.

Unzweifelhaft begründet ist jene Unterscheidung im Gesetz, denn:

zu 1). Das abgekürzte Verfahren erscheint schon im Prozeßgesetzbuche selbst vom mündlichen Verfahren wesentlich getrennt und augenfällig unterschieden. (Tit. XXIX. und Tit. XXX.) Wenn auch das mündliche Verfahren vor dem Unterrichter bei dem abgekürzten Verfahren allgemein die strenge Regel bildet, so ist doch schon diese Regel nicht ganz ausnahmslos, wie sich aus der Bestimmung am Schlusse des Pr.O. §. 642 bezüglich der mehr als 150 fl. betragenden Ansprüche im Gantverfahren ergibt, indem es zweifellos klar ist, daß das Gantverfahren überhaupt zu den abgekürzten Prozeßarten, zu denjenigen Fällen gehört, wo im Sinne des §. 642 (Eingang) ein abgekürztes Verfahren besonders vorgeschrieben ist, und die Vorschrift des §. 816 dieses noch dazu ausdrücklich kund gibt [1]). Ueberdies aber (und dies ist der entscheidende Punkt) findet ja das mündliche Verfahren vor dem Unterrichter nach §. 217 auch bei Sachen, die nicht zum abgekürzten Verfahren sich eignen, als allgemeine Regel für alle Fälle gewöhnlicher Art Statt und nur in Fällen außergewöhnlicher Art, in besonders verwickelten Fällen soll nach der Ausnahmsbestimmung des §. 219, die stets strenge zu nehmen ist, das schriftliche Verfahren zugelassen werden.

Was dagegen

zu 2) die abgekürzte Appellation betrifft, so handelt hievon der Abschnitt V. des Tit. XLV. der Pr.O. in den §§. 1184—1191. Der erste Paragraph (§. 1184) handelt von der abgekürzten Appel-

---

[1]) Daß die in den Titeln XXXI. bis XXXVII. (sonst Titel XXXII. – XXXVIII.) der Prozeßordn. enthaltenen ausgezeichneten Prozeßarten insgesammt zum abgekürzten Verfahren überhaupt gehören, wenn auch nicht ohne Beschränkung zur Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter, ist in P.O. §. 1107 (1148) ausdrücklich hervorgehoben, es kann im Hinblick auf die geschichtliche Entstehung und Ausbildung der betreffenden Prozeßarten im gemeinen deutschen und badischen Prozeß, so wie auf die Natur derselben gar keinem Zweifel unterliegen. Vergl. Heffter, System des Civilprozeßrechts §. 400 und fgde., Bayer, Theorie des summarischen Prozesses, Bekk, Mündlichkeit und Schriftlichkeit, Note 21, Weilers Motive zu Tit. XXXI. Vergl. dagegen Annalen, Jahrg. XXII. S. 317. 318.

lation im Allgemeinen, der folgende (§. 1185) aber von der abgekürzten Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter. Daß die abgekürzte Appellation im Allgemeinen (deren Auszeichnung von der ordentlichen Appellation jetzt eben blos in der Abkürzung der Nothfristen besteht) [2]), in verschiedenen Fällen Platz greift, in denen die abgekürzte Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter offenbar nicht eintreten soll, stellt sich durch die nähere Vergleichung jener beiden Paragraphen so klar heraus, daß im Allgemeinen hierüber kein Zweifel obwalten kann, wie sehr auch in Bezug auf einzelne Fälle [3]) aus Gründen, die im Gesetz selbst zum Theil auch in den Köpfen unsrere Richter liegen, bedenkliche Grenzstreitigkeiten vorgekommen sind und noch vorkommen.

Alle bisher aufgestellten Sätze dürfen als rechtlich feststehend bezeichnet werden und würden hier nicht wiederholt worden sein, wenn nicht manche Anzeichen, auch Mittheilungen in diesen Blättern andeuteten, daß eine erneuerte Hinweisung auf dieselben und den festen gesetzlichen Boden, worauf sie ruhen, doch nicht ganz überflüssig erscheint.

Wirft man nun, zur nöthigen Klarheit über die besprochenen Unterscheidungen gelangt, die Frage auf: Nach welchem Sachverhältniß richtet sich in jedem einzelnen Falle die Art des Verfahrens? wonach bestimmt sich, ob das ordentliche oder des abgekürzte Verfahren Platz greift? so kann die Antwort nur die sein: Immer nach Beschaffenheit des ursprünglichen Klagverhältnisses, nach der Natur des beanspruchten Gegenstandes, wie sich dieselbe nach Maaßgabe des Klagvortrages und Klagantrages und der spätern, gesetzlich zulässigen Ergänzungen, beziehungsweise des die Stelle der Klage vertretenden Vortrages und Gesuches [4]), darstellt. Betrifft z. B. die Klage einer persönlichen Forderung im Betrag von mehr als 150 fl., etwa im Betrag von 155 fl. oder von 200 fl., so findet das ordentliche Verfahren Statt und sobald einmal der Zeitpunkt überschritten ist, bis zu welchem die Klagänderung noch unbeschränkt freisteht (Pr.O. §. 304 §. 635), kann sich die Art des Verfahrens im Allgemeinen dadurch nicht mehr verändern, daß etwa der Beklagte später 5 fl., beziehungsweise 50 fl. an der Klagforderung zugesteht oder der Kläger sich nachträglich einen Abzug von 5 fl., beziehungsweise 50 fl. gefallen läßt, oder etwa durch das Wegfallen eines klagenden oder beklagten Streitgenossen der Forderungsbetrag im Laufe des Verfahrens sich vermindert. Es wäre keine feste, sichere und geregelte Gestaltung des Verfahrens und keine wohlgeordnete Prozeßleitung möglich, wenn Richter und Parteien in jedem Zeitpunkte des Prozesses eines fortwährenden Wechsels im Hauptcharakter des Verfahrens gewärtig sein müßten. Dies hat auch unsere vaterländische Rechtswissenschaft und eine vernünftige Rechtsübung seit Einführung der Pr.O. vom Jahr 1831 sehr allgemein anerkannt [5]). Auch in dem Falle des Pr.O. §. 331, bei gleichzeitiger Erlassung eines theilweisen Enderkenntnisses und Beweiserkenntnisses, sowie im Falle des §. 333, bei erwirkter Erledigung des nicht mehr streitigen Theils einer Klagforderung mittelst besonderen Zahlungsbefehls werden unsere Gerichte (abgesehen

---

[2]) Auch unter der Herrschaft der Prozeßordnung vom Jahr 1831 in ihrer früheren Gestalt war die Sache im Wesentlichen nicht viel anders. Vrgl. Weilers Motive zu §. 1206. Die in §. 1226 der alten Prozeßordnung den Partheien gegebene Erlaubniß, sich über die Verhandlung der Appellation vor dem Unterrichter zu vereinigen, war wegen der erforderlichen Vereinbarung beider Theile und nach dem Zeugniß der Erfahrung praktisch fast ohne Bedeutung. Das Gebot der Vorausantretung des Beweises, durch die berüchtigte Novelle VII. seines Stachels beraubt, war nur eine Folge des abgekürzten Verfahrens überhaupt und ebenfalls nur von geringer praktischer Bedeutung. Durch die unter der neuen Prozeßgesetzgebung, mit Rücksicht auf das ältere Gesetz und die Zweckmäßigkeit, aufgekommene Uebung unserer Obergerichte, in Fällen des abgekürzten Verfahrens einfache Beweisauflagen zu erlassen, haben wir uns auch in dieser Richtung dem älteren Gesetze noch mehr genähert.

[3]) Z. B. in Bezug auf die ausgezeichneten abgekürzten Prozeßarten und namentlich in Bezug auf Nebensachen. Von den letzteren Näheres an einem anderen Orte.

[4]) Z. B. bei Nebensachen, Gesuchen um vorläufige Verfügung u. dergl.

[5]) Im gemeinen deutschen Prozeß wurde ein derartiger Wechsel des Verfahrens für den Fall, wenn der Streit wegen Minderung des Betrages im Laufe des Prozesses als Bagatellsache gelten kann, in der That wohl öfters für zulässig erachtet, obwohl nicht unbedingt, sondern nur nach richterlichem Ermessen. Vergl. A. Ch. J. Schmid, Handbuch des Civilprozesses, Thl. III. §. 176. Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis, Bd. VIII. S. 122 flgd. Man behandelte sonst höchstens nur Sachen bis zu 50 Gulden oder 50 Thaler als geringfügige, die einzelnen Landesgesetzgebungen wichen aber mehrfach von einander ab, erst in neuerer Zeit wurde die Summe erhöht. Nach badischem Rechte kann man dreierlei Bagatellsachen unterscheiden: 1) Sachen bis 15, beziehungsweise 5 Gulden, 2) Sachen unter 50 Gulden, 3) Sachen bis 150 Gulden.

von einzelnen verunglückten Versuchen, die dazu dienen mögen, die Unzulässigkeit einer derartigen „Umsattelung" im Verfahren zu zeigen) sich überall nicht für befugt und veranlaßt finden, je nach Umständen vom ordentlichen in das abgekürzte Verfahren überspringen [*]).

Daß ein solcher Wechsel in der Art des Verfahrens in einem und demselben Rechtszuge nicht statt finden soll, darf wohl nach den Grundsätzen des badischen Prozesses jetzt als völlig unbestritten und fest stehend angesehen werden. Es darf aber ein solcher Umschlag des Verfahrens auch im nachfolgenden höheren Rechtszuge nicht zugelassen werden und es muß die für Berechnung der Appellationssumme, in einer ganz anderen Richtung gegebene besondere Vorschrift (Pr.O. §. 1127) auf ihren besonderen Fall beschränkt bleiben, wie schon Zentner in seiner Schrift über die Rechtsmittel zu §. 1206 der alten und §. 1184 Pr.O. nachgewiesen hat. Es ist zwar daselbst angedeutet, daß auch die gegentheilige Ansicht bei den Gerichtshöfen [**]) schon vorgekommen ist, mit vollem Rechte wird jedoch zugleich bemerkt, daß die oben bezeichnete Ansicht unzweifelhaft den Vorzug verdiene, denn in der That spricht hiefür nicht blos

1) der natürliche Wortlaut des Gesetzes („für alle Fälle, für welche das Gesetz in erster Instanz das abgekürzte Verfahren vorschreibt") und namentlich

2) die Rücksicht auf die von jeder guten Pr.O. vor Allem zu befördernde gute Ordnung des Prozesses, sondern auch

3) mit unabweislicher logischer Nothwendigkeit die in Pr.O. §. 348 festgesetzte Regel, wonach der untere Richter verpflichtet ist, die Partheien jeweils bei Verkündung des Urtheils über das im einzelnen Falle zustehende Rechtsmittel zu belehren. Da der Richter unmöglich im Voraus wissen kann, bis zu welchem Betrage die Parthei etwa die Appellation ergreifen will, ja die Parthei selbst bei der Appellationsanmeldung sich hierüber noch gar nicht näher zu entscheiden braucht (§. 1143), etwas Unmögliches aber von dem Richter nicht verlangt werden kann, so kann bei Erklärung der Rechtsmittel und Nothfristen offenbar nur die ursprüngliche Beschaffenheit der Klagsache und das Verfahren des ersten Rechtszuges hinsichtlich der Art des Verfahrens, beziehungsweise der Bestimmung der Nothfristen als maßgebend erscheinen, wie auch aus einleuchtenden Gründen in der Praxis allgemein und unbestritten angenommen wird. Steht aber einmal dieser Punkt fest, so muß man, wenn die Gesetzesauslegung nicht mit Vernunft und Billigkeit, das Gesetz nicht mit sich selbst in Widerstreit gerathen soll, nothwendiger Weise sich zur Anerkennung des Grundsatzes entschließen, daß nur das Verfahren im ersten Rechtszuge nach Maßgabe der Klage [*]) entscheidet, ob im höheren Rechtszuge das abgekürzte Verfahren, beziehungsweise die abgekürzte Appellation [**]) Platz greift. Eine solche Gesetzesauslegung, wonach man etwa behaupten wollte, daß in Fällen der fraglichen Art freilich die Nothfristen der ordentlichen Appellation, demungeachtet aber nach Umständen die abgekürzten Appellationsverhandlungen statt finden müßten, scheint mir vor dem Richterstuhl der Wissenschaft einer näheren Widerlegung

---

[*]) Dieser Sprung hat nach unserer bestehenden Gesetzgebung freilich keine große Bedeutung mehr; indeß würden doch augenfällige Mißstände dadurch herbeigeführt werden, z. B. wenn bisher wegen besonderer Verwickelung der Sache das schriftliche Verfahren vom Unterrichter gestattet war, oder wenn der Oberrichter das betreffende End- und Beweiserkenntniß erläßt. Jedenfalls kann die verminderte Bedeutung des Unterschieds zwischen ordentlichem und abgekürztem Verfahren den rechtlichen Gesichtspunkt nicht wesentlich verändern.

Von dem Uebergang aus einer ausgezeichneten abgekürzten Prozeßart in das gewöhnliche Verfahren, ist hier nicht die Rede; ein solcher Uebergang findet allerdings öfters gesetzmäßig Statt. Pr.O. §. 666. 668. 671. 696. 699. 702.

[**]) Daß bei dem Hofgericht des Seekreises die richtige Ansicht schon frühe in Uebung war, ist aus dem Zeugniß in Annalen, Jahrg. VII. S. 296 zu ersehen, es galt dort der Grundsatz: „Wie das Verfahren in erster Instanz war, so bleibt es in appellatorio." Bei dem Hofgericht des Unterrheinkreises wurde dieser Grundsatz auch in neuester Zeit bei verschiedenen Entscheidungen festgehalten. Vergl. Annalen, Jahrg. XXII. S. 216. Anders im Mittelrheinkreise nach Annalen, Jahrg. XXI. S. 336.

[*]) Daß sich das Verfahren im zweiten Rechtszug (ob ordentliches oder außerordentliches) überhaupt stets nach dem Verfahren des ersten Rechtszuges richten soll, läßt sich schon aus dem für die Ausbildung des summarischen Prozesses im gemeinen Recht höchst wichtigen Theil III. Tit. 3 der Kammergerichtsordnung von 1555 entnehmen. Nach §. 30 sollen als Causae extraordinariae gelten: „Item, Appellations-Sachen, in welchen obbestimmter Extraordinari-Sachen halber in erster Instanz geklagt und gehandelt worden.",

[**]) Außer der abgekürzten Appellation, von welcher die P.O. §§. 1184 bis 1191 handeln, gibt es auch nach der neuen Prozeßordnung immer noch ein abgekürztes Verfahren in der zweiten Instanz. Vrgl. §. 1063. Dies tritt namentlich bei den

nicht zu bedürfen, sie widerlegt sich selbst [10]). Die abgekürzte Appellationsverhandlung vor dem Unterrichter setzt nach Maßgabe des §. 1185 vrgl. mit §. 1184 der Pr.O. und nach der Ueberschrift des Abschnitts V. des betr. Titels immer das Vorhandensein eines der Fälle der abgekürzten Appellation überhaupt voraus (obwohl erstere nicht in allen Fällen der abgekürzten Appellation eintritt), wo aber die ordentlichen Appellationsfristen erklärt wurden und gesetzlich Platz greifen, da kann auch nur die ordentliche Appellation fernerhin in Frage sein, sofern nicht etwa der besondere Fall des Pr.Ord. §. 1190 vorliegt.

Was diesen letzteren, besondern Fall des §. 1190 betrifft, wonach das Gesetz allerdings das Zusammentreffen von Appellationen verschiedener Art in der nämlichen Sache als möglich voraussetzt, und hiefür eine besondere Vorsorge getroffen hat, so wiederholt §. 1190 nur, ohne wesentliche Aenderung einen Grundsatz, welcher schon in der alten Pr.O. §. 1207 aufgestellt war [11]), und §. 1191 enthält eine neu hinzugefügte Bestimmung in Bezug auf die jetzt vorgeschriebene Appellationsverhandlungen vor dem Unterrichter, eine Bestimmung, wodurch eine unzweckmäßige Trennung der Verhandlungen verhindert werden soll. Es ist bekannt, wie schon unter der alten Pr.O., vor und nach dem Abänderungsgesetz vom Jahr 1837 über Sinn und Anwendung des erwähnten §. 1207 sich ein lebhafter Streit erhob [12]), indeß hat Keller bereits im Jahrgang V. S. 117 und VII. S. 296 dargethan, daß §. 1207 im Einklang mit der richtigen Ansicht über den Eintritt der ordentlichen und abgekürzten Appellation recht wohl auf die besonderen Fälle bezogen werden mag, wo ausnahmsweise beiderlei Appellationen zusammentreffen können. Solche Fälle kommen namentlich vor: „wenn in Bezug auf eine Klage ein Enderkenntniß, das der ordentlichen Appellation unterliegt, in Bezug auf eine andere mit ersterer gehäufte Klage dagegen eine Zwischenverfügung erging, wogegen nach besonderer gesetzlicher Vorschrift die Appellation und zwar die abgekürzte schon jetzt statt findet [13]), oder wenn mit dem Urtheil in der Hauptsache, deren Gegenstand eine Forderung von mehr als 150 fl. ist, ein Erkenntniß über Fortdauer oder Aufhebung des hierwegen verfügten Arrestes zusammentrifft (Pr.O. §. 666), oder auch ein Erkenntniß auf erhobene Einsprache gegen einen unbedingten Befehl (vrgl. §. 333), oder ein Erkenntniß über ein Gesuch um Urkundenherausgabe, oder wenn von mehreren gehäuften Klagen die eine wegen Unzuständigkeit des Gerichtes, die andere als rechtlich unbegründet verworfen wurde (§. 1185 vrgl. mit §. 1184 und 280) u. dgl. mehr. Es genügen diese Beispiele um zu zeigen, daß der Pr.O. §. 1190 keineswegs unerklärbar und unanwendbar wird, wenn man auch den unserer Ausführung widerstreitenden allgemeinen Grundsatz darin nicht findet.

Wirft man aber zum Schlusse noch einen Blick auf die nicht unbedeutende Zahl der abgekürzten Appellationsverhandlungen vor dem Unterrichter und auf die Zeugnisse der Erfahrung über den Werth und Nutzen dieser Einrichtung im Allgemeinen, so wird man wohl einräumen müssen, daß eine Vermehrung derartiger Appellationsverhandlungen weder nothwendig, noch besonders wünschenswerth erscheint.

Eduard Brauer.

II.

1) Auslegung eines letzten Willens.
2) Vorlandrechtliche Aftererbsetzung und deren Unverbindlichkeit.

Bauer gegen Schneider.

Am 21. Juli 1809 errichtete der ledige Michael Bauer zu Willstett einen letzten Willen, worin er den Gottfried

---

ausgezeichneten abgekürzten Prozeßarten sehr deutlich hervor, und unsere Obergerichte erkennen es auch dadurch an, daß sie in Fällen des gewöhnlichen abgekürzten Verfahrens einfache Beweisverfügungen, statt förmlicher Beweiserkenntnisse erlassen.

[10]) Zentner in der zweiten Auflage des angeführten Werkes über die Rechtsmittel S. 155 erklärt das in Frage stehende Ergebniß geradezu für eine Ungereimtheit.

[11]) Vergleiche den Beschluß der ersten Kammer der Landstände vom 27. Novbr. 1850: „§. 1236 (nach §. 1207 der Prozeßordnung)." Der vorgeschlagene §. 1236 ist wörtlich als §. 1190 in das Gesetz aufgenommen worden.

[12]) Namentlich zugleich in Beziehung auf §. 251 (jetzt §. 280) der Pr.O. in Betreff der Klagenhäufung. Vrgl. Annalen, Jahrg. III. S. 171, V. S. 117, VII. S. 187 und S. 295. Durch die Abänderung des alten §. 251 im jetzigen §. 280 ist die mißliche Streitfrage über den Begriff der „nämlichen Prozeßart" glücklicher Weise beseitigt und die Zulassung einer Verbindung verschiedenartiger Klage ganz dem richterlichen Ermessen anheim gegeben.

[13]) Dies kann nach unserer jetzigen Prozeßordnung unzweifelhaft eintreten. Vrgl. §. 353. 1184. 1128 Ziff. 2.

Werber'schen Eheleuten seine Behausung sammt Hofraithe zu Eigenthum vermachte und hiernächst zum Erben seines übrigen Vermögens seine Schwester Anna Maria, Ehefrau des H. Gg. Walter, einsetzte,

„also und dergestalten jedoch, daß, wenn diese seine Schwester mit ihrem gedachten Ehemanne keine Kinder erzeugen oder auch auf den Fall einer zweiten Ehe ohne eheliche Leibeserben mit Tod abgehen würde, dieselbe den ihr zufallenden Nachlaß seines Vermögens nur lebenslänglich geniesen, mithin nichts davon veräußern oder verpfänden, sondern dasselbe solle nach ihrem Ableben ohne Kinder auf des Testatoris übrige rechtmäßige und nächste Erben, nemlich auf seiner Mutter Schwestern oder ihre Kinder dereinst kommen und fallen."

Nachdem der Testirer im August 1809 mit Tod abgegangen war, erklärten die H. G. Walter'schen Eheleute auf Eröffnung des Testaments, daß sie solches in seiner Kraft lassen wollten. Sofort wurde den G. Weber'schen Eheleuten das Haus sammt Zugehörde und der H. G. Walter'schen Ehefrau das übrige Vermögen zugetheilt, in dessen Besitz und Genuß dieselbe bis zu ihrem am 25. April 1854 erfolgten Ableben verblieb. Sie hatte keine Abkömmlinge hinterlassen und ihr ganzes Besitzthum durch letzten Willen einem gewissen Johann Schneider zugedacht, von welchem nun die Intestaterben des Michael Bauer das Vermögen des letzteren nebst Zinsen und Früchten vom 25. April 1854 herausverlangten und zwar auf den Grund des Testamentes vom 21. Juli 1809, dessen Errichtung mit dem darauf erfolgten Tod des Erblassers in die Zeit vor Einführung des neuen Landrechts falle.

Die Kläger beriefen sich besonders noch darauf, daß vor dem 1. Januar 1810 eine solche Astererbseßung, wie die in Frage stehende, sowohl nach gemeinem als nach partikularem Rechte in der ehemaligen Grafschaft Hanau erlaubt gewesen sei.

Der Beklagte bezog sich dagegen auf L.R.S. 896 in Verbindung mit L.R.S. 2b, sodann auf Brauers Erläuterungen II. 315 und auf die oberhofgerichtl. Jahrbücher n. F. III. 203, VI. 470, wonach das bedingte Fideicommiß, welches die Kläger geltend machen wollten, als unwirksam erscheine.

In den unterrichterlichen Entscheidungsgründen sind noch weiter allegirt

1. Einf.-Ed. XI. 4.
Annalen I. 271.

Im Uebrigen nahmen die vorbern Instanzen an, daß die Astererbseßung, welche erst unter der Herrschaft des neuen Landrechts durch den Tod der H. G. Walter'schen Wittwe wirksam werden sollte, jetzt nicht mehr gelte und daher die Verbindlichkeit ihres Erben, die Verlassenschaft herauszugeben, hinweg falle. Darauf beruht die Abweisung der Kläger, welche auch in dritter Instanz mit vier Stimmen gegen drei bestätigt wurde.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der letzte Wille des Michael Bauer vom 21. Juli 1809 in dem §. 3 eine Astererbseßung enthält. Das wesentliche Merkmal einer solchen besteht nemlich in der dem unmittelbar Bedachten gemachten Auflage, einer dritten Person etwas aufzubewahren und zu hinterlassen.

Diese Erfordernisse sind aber hier vorhanden, wie die Kläger selbst anerkannt haben. Sie wollen zwar jetzt dem Testamente eine andere Auslegung geben, indem sie auszuführen suchen, daß dadurch Michael Bauer seiner Schwester Anna Maria Bauer eigentlich nur die Nutznießung an seiner Hinterlassenschaft, das Eigenthum daran aber ihren Kindern oder im Falle ihres kinderlosen Absterbens, den Schwestern seiner Mutter oder deren Kindern vermacht habe. Allein dieser Auslegung widerstreitet der Wortlaut des Testamentes und die sich klar daraus ergebende Absicht des Erblassers. Er ernannte seine Schwester unbedingt und ausdrücklich zur Erbin seines hinterlassenden Vermögens und gibt dadurch unzweideutig zu erkennen, daß er ihr das Eigenthum daran und nicht blos die Nutznießung zuwenden wollte. Indem er aber beigefügt hat, daß wenn seine Schwester ohne eheliche Leibeserben mit Tod abgehen sollte, dieselbe den ihr zufallenden Nachlaß nur lebenslänglich genießen, mithin nichts davon veräußern oder verpfänden dürfe, sondern derselbe solle in diesem Falle auf des Erblassers übrige rechtmäßige und nächste Erben, nemlich auf seiner Mutter Schwestern oder deren Kinder dereinst kommen und fallen — so hat er ihr damit keineswegs das Eigenthum wieder entzogen und sie auf die blose Nutznießung beschränkt, sondern ihr nur die Auflage gemacht, die Verlassenschaft aufzubewahren und solche im Falle ihres kinderlosen Absterbens auf die Schwestern seiner Mutter oder deren Kinder zu übertragen.

In dieser Auflage liegt, wie bemerkt, gerade die Aftererbeinsetzung.

Der L.R.S. 896 verbietet aber solche Aftererbeinsetzungen und fügt bei, daß jede Verfügung, welche einem Geschenknehmer, Erbnehmer oder Erbstücknehmer auferlegt, einem Dritten etwas abzubewahren und ihm zurückzuliefern für sie unverbindlich sei.

Gegen die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auf den vorliegenden Fall wird aber von Seiten der Kläger auszuführen gesucht, daß ihre Ansprüche in Gemäßheit des L.R.S. 2 lediglich nach altem Recht beurtheilt werden müßten, wo das Verbot der Aftererbsetzungen noch nicht bestanden habe, weil ihr Erblasser Michael Bauer schon im August 1809, also noch unter der Herrschaft des alten Rechts gestorben sei.

Allein mit Recht haben schon die Richter der vordern Instanzen angenommen, daß es hier nicht auf den Todestag des Michael Bauer, sondern auf den der eingesetzten Erbin, Anna Maria Bauer, welche erst im Jahr 1854 gestorben ist, ankomme. Allerdings verfügt das Gesetz nur für die Zukunft und hat keine rückwirkende Kraft, L.R.S. 2; allein nach L.R.S. 2b können künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesetz das Recht gegeben hatte, durch ein Gesetz geändert werden, ohne rückwirkend zu sein, so lange es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt.

Hier handelt es sich aber gerade um solche künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit. Die vergangene Begebenheit, nemlich das Testament des Michael Bauer und sein Tod, ist allerdings noch unter die Herrschaft des alten Rechts gefallen, die künftige Folge dieser Begebenheit aber, welche in der Verpflichtung zur Abtretung der Erbschaft an die Aftererben besteht, ist erst durch den Tod der Anna Maria Bauer erzeugt worden und fällt daher unter das neue Recht. Durch den Tod des Michael Bauer war den eingesetzten Aftererben kein wirkliches Recht angefallen, sondern nur eine Erbhoffnung, deren Verwirklichung noch von der doppelten Bedingung abhängig war, daß die Anna Maria Bauer ohne eheliche Leibeserben versterben würde, und daß die Aftererben dieselbe überleben. Es konnte sich daher auch erst beim Tode der Anna Maria Bauer zeigen, ob ihnen aus dem Testamente des Michael Bauer ein wirkliches Recht erwachse. Unterdessen war die neue Gesetzgebung in die Mitte getreten, wornach jede Verfügung, welche einem Geschenknehmer, Erbnehmer oder Erbstücknehmer auferlegt, einem Dritten etwas aufzubewahren und ihm zurückzuliefern, für sie unverbindlich ist.

Nach L.R.S. 2b findet daher hier das neue Gesetz Anwendung, ohne daß solches deßhalb als rückwirkend anzusehen ist. Daß auch der Gesetzgeber eine solche Anwendung des L.R.S. 2b auf Fälle der vorliegenden Art beabsichtigte, ergibt sich aus Brauers Commentar (zu den L.R.S. 2b und 896) auf dessen Autorität hier ein um so größeres Gewicht zu legen ist, als der L.R.S. 2b einen von ihm verfaßten Zusatz zum Landrecht enthält. *)

Wenn aber klägerischerseits weiter auszuführen gesucht wird, daß die Anna Maria Bauer durch die Anerkennung des Testaments und die Annahme der ihr zugedachten Erbschaft auch die vertragsmäßige Verpflichtung übernommen habe, solches in allen seinen Theilen zu vollziehen, so ist zu erwägen, daß die Anerkennung von ihr ganz einseitig und nicht den Klägern oder ihren Rechtsvorfahren gegenüber geschehen ist, von einer vertragsmäßigen Verpflichtung der Anna Maria Bauer kann daher keine Rede sein.

Zudem hat dieselbe nach ihrer vor dem Theilungsbeamten abgegebenen Erklärung nur die formelle Gültigkeit des Testaments anerkannt, keineswegs aber auf einen ihr gegen dessen Inhalt etwa zustehenden Einwand verzichtet.

Hiernach 2c. D. R.

III.

1) Die Verjährung des Rechts auf ein Legat beginnt vom Todestag des Erblassers, und zwar
2) auch gegenüber den milden Stiftungen,
3) obwohl dieselben die Staatsgenehmigung zur Annahme des Legats erst später erwirkt haben und naturgemäß erwirken können.

Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtl. Urtheile vom 27. September l. J.

In Sachen Stiftungsvorstand Offenburg gegen die Erben der Theresia Witsch.

Die Klage gründet sich auf die Bestimmungen des Testaments der Theresia Witsch vom 17. März 1817,

*) Siehe jedoch Nr. 47. S. 369 dieser Blätter.

insbesondere §. 6 und 7 desselben. Hiernach sollen die Zinsen eines bei der Stadt Offenburg stehenden Kapitals ad 1000 fl. für einen armen Knaben zur Erlernung eines Handwerks verwendet werden, welcher auch nach Vollendung der Lehrzeit neu gekleidet werden soll. Diese Knaben sollen von den Erben ausgewählt werden. Weitere 500 fl. sollen bei der Stadt aufgekündet und zur Reparation des Oelbergs oder der Michaelskapelle verwendet werden.

Da die Erblasserin schon im Jahre 1819 gestorben war, so wurde der Klage unter andern Einreden diejenige der erlöschenden Verjährung entgegengesetzt, und von den Richtern der vorigen Instanz mit Recht für begründet erachtet. Die etwaige Verbindlichkeit der Erben zur Anerkennung und Erfüllung der Vermächtnisse war schon mit dem Todestag der Erblasserin, also 30 Jahre vor Anstellung der Klage eingetreten, und kann es nicht darauf ankommen, daß das Kapital ad 1000 fl. erst im Jahre 1838 von den Beklagten bei der Stadt Offenburg erhoben worden sein soll, da das Wesen des fraglichen Vermächtnisses nicht in jener Anlage des Kapitals, sondern in der Verwendung der Zinsen bestanden hat, der klagende Theil auch niemals in den Besitz des ersteren gelangt war.

Ebensowenig kann das gemeinrechtliche Privilegium der milden Stiftungen gegen die behauptete Verjährung angezogen werden, da das Landrecht eine solche Begünstigung nicht kennt, die frühere Gesetzgebung hinsichtlich der öffentlichen Anstalten und Corporationen vielmehr ausdrücklich beseitigt hat. (L.R.S.) 2227).

Aus diesen Gründen wurden die Erkenntnisse der vordern Instanzen bestätigt, und wegen der Kosten nach Ansicht des §. 168 der Pr.O., wie geschehen, verfügt.

Sich stützend auf das Axiom „contra agere non valentem non currit praescriptio“ machte der Anwalt der Kläger, Appellanten, in II. Instanz gegen die Verjährung besonders geltend, daß der klägerische Theil erst im Jahr 1854 die Staatsgenehmigung zur Annahme des Legats erhalten habe, und mithin erst von da an dasselbe habe vor Gericht in Anspruch nehmen können.

Hiergegen ist nun in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen bemerkt:

Ein Ruhen der Verjährung konnte aber aus der erst später erwirkten Ertheilung des Staatsgutheißens im Sinne des L.R.S. 910 mit der Rechtsausführung des appellantischen Sachwalters keineswegs entnommen werden, da die verspätete Erwirkung dieser Bestätigung die Geltendmachung des Vermächtnisses über die gesetzliche Zeit der Klagenverjährung hinaus nicht offen halten kann. —

P.

IV.

Gerichtskundigkeit und Gemeinkundigkeit in Civilsachen. *)

In Sachen Joseph Hogg und Comp. gegen Christian Homburger sagt großh. Oberhofgericht in seinen Entscheidungsgründen:

Der Unterrichter hat als gerichtskundig zu den Akten beurkundet, daß Lehrer Herzog zum Abschluß von Rechtsgeschäften der vorliegenden Art in der dortigen Gegend und zur fraglichen Zeit von den Klägern ermächtigt war. Wenn nun auch Privatrechtsverhältnisse, als solche, nicht als Gegenstand der Gerichtsnotorietät betrachtet werden können, so tritt doch in Fällen, wie der gegenwärtige, noch ein öffentliches Interesse hinzu, welches einer derartigen Beurkundung den Werth einer die Stelle des Beweises vertretenden Gerichtskundigkeit verleiht. Dasselbe findet darin seine Begründung, daß die vielfachen Geldoperationen der Firma Hogg und Comp. nicht nur überhaupt für die Bevölkerung der dortigen Umgegend von großem Betrag und tief eingreifender Bedeutung sein müssen, sondern daß es auch für die Vereinfachung und Sicherung des Rechtsganges den damit sehr häufig in Anspruch genommenen Gerichten daran gelegen sein muß, die allgemeinen dabei einschlagenden Verhältnisse, die ihnen dabei zweifellos bekannt werden, so namentlich den Umfang der Vollmachten der Geschäftsführer jener Gesellschaft, bleibend zu beurkunden.

Es war übrigens um so weniger ein Bedenken zu tragen, den Herzog zur Vornahme des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts hiernach für ermächtigt zu betrachten, als derselbe die von den Klägern zu den Akten gebrachte Schuldverschreibung vom 1. August 1844 mitunterschrie-

*) Vrgl. Gönner Prozeß, Bd. II. S. 259 mit Bayer Prozeß S. 318.

D. C.

ben, sich dabei die Eigenschaft eines „Curators“ beigelegt und die Unterschriften des Schuldners und der Bürgen beglaubigt hat, woraus nicht nur hervorgeht, daß er den Abschluß des Vertrags für die Kläger vermittelte, sondern daß er es in der genannten Eigenschaft gethan hat, zum Beweis, daß sie ihm auch zu andern, als zu blosen Verwaltungshandlungen die Macht gab; — L.R.S. 1988 — als ferner die Zeugen Notar Wagner und Altbürgermeister Preffer die als gerichtskundig beurkundete Thatsache sogar als gemeinkundig in dortiger Gegend erklären und damit übereinstimmend wie auch der Zeuge Gehl, in ihrer Eigenschaft als Unterterber des Herzog in mehrfachen, von ihnen ausgestellten Quittungen die von den Pächtern geleisteten Zahlungen als an das Haus Högg und Comp. geschehen, bescheinigt haben.

Hgr.

V.

Ueber das Beschwerderecht in Ehescheidungssachen.

Die Beschwerdeführung im bürgerlichen Prozesse ist geregelt durch die Pr.O. §. 1199 ff.

Nach §. 1205 findet gegen die Entscheidung über eine Beschwerdeführung kein weiterer Rechtszug statt. Gegen amtliche Verfügungen ist also nur eine Beschwerdeführung an das Hofgericht, und gegen hofgerichtliche Verfügungen eine solche an das Oberhofgericht statthaft.

Einen dritten Rechtszug gibt es demnach für Beschwerdeführungen im bürgerlichen Verfahren nicht.

Nach §. 2 des Gesetzes vom 3. August 1837 bestehen in allen gerichtlichen Strafsachen zwei Instanzen. Gegen untergerichtliche Erkenntnisse geht der Rekurs an die Hofgerichte, gegen hofgerichtliche Erkenntnisse erster Instanz an das Oberhofgericht.

Hinsichtlich der Beschwerdeführung des Angeschuldigten bei dem Oberrichter gegen einzelne Handlungen oder Verfügungen des Untersuchungsrichters rc. bleibt es bei den bestehenden Rechten.

Reg.-Bl. von 1837 No. XXV. S. 171.

In der Praxis herrscht nun kein Zweifel darüber, daß im strafrechtlichen Verfahren gleichfalls für Beschwerdeführungen keine dritte Instanz zugelassen werden darf. Ist aber diese Regel auch maßgebend für das Verfahren in Ehescheidungssachen, wenn z. B. Nebengesuche, Bitten um provisorische Maßregeln u. dgl. von dem verhandelnden Richter verworfen oder bewilligt wurden?

Der § 11 des II. Einf. Ed. zum Landrecht verordnet: „In Ehestreitigkeiten findet, wie bisher, blos mündliches Verfahren statt, nach Art des Beschuldigungsprozesses in Untersuchungssachen.

Reg.-Bl. von 1809 No. LIII. S. 498.

Die Verhandlungen in Ehescheidungssachen werden bei den Aemtern gepflogen und die Urtheile von den Hofgerichten erlassen, gegen welche ein Rekurs an das Oberhofgericht statt hat.

Hiermit ist eine Rechtsähnlichkeit an die Hand gegeben, nach welcher die Beschwerdeführungen in Ehesachen zu behandeln sind. Es kann in dieser Hinsicht ebensowenig von einem dritten Rechtszuge die Rede sein, als im bürgerlichen Prozesse und im Untersuchungsverfahren eine Oberbeschwerde zuläßig ist.

Berichtigung.

In No. 47 S. 370 Sp. 1 Z. 16 von unten ist nach „letzten“ das Wort „Willen“ ausgelassen worden.

Anzeige.

Von dem laufenden Jahrgang dieser Zeitschrift stehen noch vier Nummern zurück, welche in kürzester Frist nachfolgen sollen.

Nebenher wird mit dem **XXIII.** Jahrgang begonnen und fortgefahren! Bestellungen darauf können sowohl bei den Postämtern als bei den Buchhandlungen des Großherzogthums gemacht werden.

Der Preis für das Semester beträgt wie bisher 2 fl. 30 kr. Man bittet, da die erste Nummer in den nächsten Tagen erscheinen wird, die Bestellungen gefälligst zu beschleunigen, damit in der Zusendung keine Verzögerung entsteht.

Mannheim im Dezember 1855.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. | No. 49. | Mannheim, 1. Dezember 1855.

I.

Falsches Zeugniß in Strafsachen.

§. 487 St.G.B.

Annalen 1854 XXI. No. 42 I. S. 329 ff.

Der Gesetzgeber will das falsche Zeugniß in Strafsachen ebensowohl bestrafen, als das in bürgerlichen oder in Verwaltungssachen. In bürgerlichen Rechtssachen muß das falsche Zeugniß, welches der einen Partei zum Nachtheil gereicht, der andern zum Vortheil gereichen, und umgekehrt; in Strafsachen kann es dem Angeschuldigten in der Regel nur entweder zum Vortheil oder zum Nachtheil, und nur ausnahmsweise dem einen Angeschuldigten zum Vortheil und zugleich dem Andern zum Nachtheil gereichen. In der Fassung des §. 487 des St.G.B. sind die beiden ersteren Richtungen auseinandergehalten; diese Fassung ist aber insofern mangelhaft, als nur diese beiden Fälle ausdrücklich berücksichtigt sind, nicht aber auch ein dritter, ebenfalls möglicher, der nämlich, daß weder ein Vortheil noch ein Nachtheil eines Angeschuldigten beabsichtigt oder herbeigeführt wird. Es wäre also wohl richtiger gewesen, an die Spitze des §. 487 St.G.B. die allgemeine Strafbestimmung gegen das falsche Zeugniß in Strafsachen zu stellen und dann die speciellen Strafbestimmungen der Z. 1 u. 2 desselben §. folgen zu lassen.

Der oberste Gerichtshof hat bereits Gelegenheit gehabt, sich über den Sinn des §. 487 in einem Cassationsfalle auszusprechen, in welchem ein Angeschuldigter gar nicht vorhanden war und voraussichtlich nie vorkommen konnte.

s. Annalen a. a. O.

In den dort mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nachgewiesen, daß nach der Verbindung des §. 487 mit §. 486 St.G.B. und nach den Eingangsworten des §. 487:

1) zum Thatbestande des falschen Zeugnisses in Strafsachen mehr nicht als eine eidlich bestärkte, wissentlich falsche Aussage, somit die Absicht gehöre, die Unwahrheit auszusagen,
2) von der Unterscheidung, ob das Verbrechen des falschen Zeugnisses in Strafsachen zum Vortheil oder Nachtheil des Angeschuldigten verübt wurde, blos die Bemessung der Strafe abhängig gemacht werde.

Mit der weiteren Behauptung aber, daß nur zwischen der Aussage einer Anschuldigungs- und der einer Entschuldigungsthatsache, also nur nach der objektiven Bedeutung der Aussage unterschieden, und nicht auf den Erfolg derselben oder auf die Absicht des Thäters*) geschehen werden soll, stimmen weder die Motive der Regierung, noch der Commissionsbericht überein.

Denn zu den §§. 445—447 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (§§. 487—489 des Gesetzes) enthalten die Anmerkungen der Gesetzgebungskommission die Bemerkung:

„Durch das Verbrechen des falschen Zeugnisses und Gutachtens in Strafsachen werden andere Rechte verletzt, als wenn es in bürgerlichen Rechtssachen begangen wird; auch wirken dabei, insofern nicht ein Lohn dafür gegeben wurde, ganz ver-

*) Zur causa interna gehört auch das Motiv, der Beweggrund, welcher in dem Zeugen die Absicht hervorrief, z. B. Haß, Rachsucht, Eigennutz. Dieser Hintergrund der Seelenthätigkeit des falschen Zeugen wird zwar im einzelnen Falle zur Aufklärung der im Vordergrund an sich nicht genau erkennbaren Absicht, des Produkts jener Thätigkeit dienen, indem jene einen erhellenden Reflex auf diese wirft; aber beide sind wohl trennbar und die Absicht ist es in erster Reihe, welche der Richter in das Auge zu fassen hat.

schiedene **Motive**. Wird es verübt zu Gunsten eines Angeschuldigten (ohne dafür empfangene Belohnung), so kann die Strafe sehr milde sein, weil die Motive den Thäter entschuldigen, und die Gesellschaft die ihr zugefügte Verletzung weniger empfindet.

Gerade aus den entgegengesetzten Gründen muß die Strafe sehr strenge sein, wenn es zum Nachtheil des Angeschuldigten verübt wird."

Und in dem Commissionsberichte des Abgeordneten Aschbach (7. Beilagenheft zu den Protokollen der 2. Kammer von 18³⁹/₄₀ S. 49) zu denselben §§. ist gesagt:

— „hier kann sich der Berichterstatter auf die Regierungsmotive beziehen, welche die Momente, wonach sich die Strafbarkeit bestimmt, sehr bezeichnend angeben.

Nur in einem Punkte war die Commission anderer Ansicht, nämlich über das Maaß der Strafe, wenn das falsche Zeugniß zu Gunsten des Angeklagten gegen eine Belohnung abgelegt wurde, also aus dem schändlichen Antriebe des Eigennutzes u. s. w."

In ähnlicher Weise ist in den Motiven zu §. 448 des Entwurfs (§. 490 des Ges.) hervorgehoben:

„Die Heiligkeit des Eides gestattet nicht, ein falsches Zeugniß wegen seiner Unerheblichkeit straflos zu lassen. Bezieht sich dasselbe auf Umstände, die gar nicht zur Sache gehören, so kann zwar ein Minimum von Strafe genügen; dagegen ist es weit strafbarer, wenn es Umstände betrifft, die der Aussagende für erheblich hält, oder die zu der Zeit, wo die Aussage gemacht wird, erheblich scheinen. Man wird dann in Strafsachen leicht erkennen, ob der Aussagende die Absicht hatte, zu Gunsten oder zum Nachtheil des Angeschuldigten zu wirken, und darnach die Strafe bestimmen."

In dem Commissionsbericht zu §. 448 des Entwurfs wurde die Unerheblichkeit blos als Milderungsgrund bezeichnet. Dabei ist bemerkt:

„Einer der Stimmführer glaubte, es dürfte zweckmäßiger sein, die Strafe nicht mit Zugrundlegung des §. 444 und 445, sondern selbstständig zu bestimmen, weil man bei unerheblichen Thatsachen nicht wohl sagen könne, ob sie zum Nachtheil oder zum Vortheile der Angeschuldigten gereichten.

Demselben wurde aber entgegen gehalten, daß dieses sich allerdings nach der Absicht des Aussagenden erkennen lasse, je nachdem diese dahin ging, zu Gunsten oder zum Nachtheil des Angeschuldigten oder einer Partei auszusagen; daß aber da, wo dies zweifelhaft erscheine, immer die mindest strafbare Richtung angenommen werden müsse."

Hier ist demnach überall auf die Absicht des falschen Zeugen besonders Gewicht gelegt.

Es wird aber ebensowenig angehen, blos auf die Absicht — als blos auf den Erfolg zu sehen, denn daß die Absicht schon sträflich ist, wenn auch der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt, ergibt sich aus den §§. 495. 496. St.G.B., und daß der Erfolg sträflich ist, wenn sein Eintritt auch nur als möglich vorauszusehen war, ergibt sich von selbst. Vrgl. §§. 98. 100. 101. 103. St.G.B. Wenn eine böse Absicht nicht zu erkennen und auch ein nachtheiliger Erfolg nicht eingetreten ist, so ist doch die vorauszusehende Möglichkeit eines nachtheiligen Erfolgs, Grund zur Erkennung der härteren Strafe, sowie umgekehrt der Mangel der Möglichkeit eines nachtheiligen Erfolgs bei vorhandener böser Absicht nur die Unerheblichkeit des falschen Zeugnisses dartbut, also die höhere Strafbarkeit nicht vollständig ausschließt, sondern nur mildert. §. 490 St.G.B. Objektiv nachtheilig ist aber nicht blos das Aussagen einer Anschuldigungsthatsache, sondern auch das Abläugnen einer Entschuldigungsthatsache.

In der Fragestellung über die Unterscheidung der Ziff. 1 und 2 des §. 487 des St.G.B. ganz hinwegzugehen und diesen Unterschied blos bei der Strafausmessung zu beachten, wird nicht angehen, weil es sich hier nicht wie in §. 381 St.G.B. beim gefährlichen Diebstahl blos um ein richterliches Ermessen über die Qualifikation des Falls, sondern um Feststellung der thatsächlichen Grundlage der Strafanwendung und der Schwurgerichtskompetenz überhaupt handelt.

Vrgl. Ziff. 31 des §. 41 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851.

In der letzten Quartalsitzung des Schwurgerichts in Mannheim kam wieder ein Fall vor, welcher die ungenügende Fassung des §. 487 St.G.B. augenscheinlich zu machen geeignet war. Dieser Fall war folgender:

Die ledige Clara Segner von Wertheim ging mit Florian Dörr von Philippsburg, Soldat bei dem großh. dritten Infanterie-Regimente, während dieser im Laufe des Jahres 1854 zu Wertheim in Garnison lag, eine

Bekanntschaft ein. Sie fand sich in der Absicht, den Dörr auf einige Tage zu besuchen, am 7. April d. J. — dem den Osterfeiertagen unmittelbar vorangegangenen Samstage — zu Philippsburg, und zwar in dem Hause der Eltern des Dörr, der Gottlieb Dörr'schen Eheleute, ein. Da man es nicht für passend erachtete, daß dieselbe auch die Nächte in dem eben gedachten Hause zubringe, so gestatteten auf Ansuchen die Friedrich Pfeiffer'schen Eheleute zu Philippsburg, daß die Segner jeweils bei ihnen übernachte.

In der Nacht vom 11. auf den 12. April d. J. wurde die Segner von den Pfeiffer'schen Eheleuten in deren Behausung nicht aufgenommen. Sie brachte daraufhin den Anfang der Nacht in der Dörr'schen Wohnung zu und will sofort den Entschluß gefaßt haben, in Begleitung des Dörr noch im Laufe der fraglichen Nacht Philippsburg zu verlassen.

Als Polizeidiener Riehl zu Philippsburg von dem nächtlichen Aufenthalte der Segner in der Dörr'schen Wohnung Kenntniß erhielt, so vermuthete er, daß ein sittenwidriges Verhältniß zwischen der Segner und Florian Dörr bestehe, und beschloß deßhalb, die Segner zu verhaften.

Diese Verhaftung, behufs deren Riehl — nachdem er sich zuerst in Begleitung des Gemeinderaths Gößinger und zweier Wächter in die Dörr'sche Behausung verfügt hatte — alsbald auch den Gendarmeriebrigadier Burger herbeirief, konnte nur unter heftigem Widerstreben der Segner sowohl, als des Florian Dörr und der Angehörigen desselben vollzogen werden.

Dies hatte eine polizeiliche Untersuchung gegen Clara Segner wegen unsittlichen Benehmens, und eine gerichtliche Untersuchung gegen Florian Dörr, dessen Eltern und Schwestern wegen Widersetzlichkeit, zur Folge.

Die Untersuchung gegen Florian Dörr wurde theils von dem großh. Bezirksamte Philippsburg, theils von der Militärbehörde geführt. Im Laufe derselben berief sich Florian Dörr — offenbar um darzuthun, daß die gegen ihn und die Segner verfügten Verhaftungen ungerechtfertigt gewesen (vrgl. §. 617 St.G.B.) — darauf, daß die Segner während ihres Aufenthalts zu Philippsburg die Nächte in der Wohnung der Pfeiffer'schen Eheleute zugebracht habe. Er brachte hiebei zur Sprache, daß dies allerdings einmal, nemlich in der Nacht vom 9. April d. J. — dem Ostermontage — auf den 10. April d. J. nicht der Fall gewesen sei, indem sich damals die Segner in der Wohnung seiner Eltern aufgehalten habe, daß aber während jener Nacht in dieser Wohnung bei einem daselbst stattgehabten Trinkgelage außer der Segner, noch Friedrich Pfeiffer, dessen Ehefrau, Johann Löfel und Martin Maurer anwesend gewesen seien.

Florian Dörr legte behufs seiner Entlastung auf diese Anwesenheit der eben gedachten Personen Gewicht, weil er damit den — sonst möglicherweise sich erhebenden — Verdacht eines unsittlichen Verhaltens zu beseitigen, auf diesem Wege aber das polizeiliche Einschreiten gegen ihn und die Segner als jeglichen Grundes entbehrend, somit seinen Widerstand gegen dieses Einschreiten als gerechtfertigt darzustellen gedachte. Die Militärbehörde theilte — zweifelsohne im Hinblicke auf den §. 617 des St.G.B., wonach bei dem Vergehen der Widersetzlichkeit ein gesetzwidriges Verfahren derjenigen obrigkeitlichen Personen, gegen welche das gedachte Vergehen begangen wird, Strafmilderung, ja unter Umständen Straflosigkeit zur Folge hat — die Anschauungsweise des Dörr, und es kam auf diese Weise zu umfassenden Erörterungen der Frage, ob die Pfeiffer'schen Eheleute, Löfel und Maurer in der Nacht vom 9. auf den 10. April d. J. in der Dörr'schen Behausung anwesend gewesen seien oder nicht.

Die Pfeiffer'sche Ehefrau und Johann Löfel wurden von dem großh. Bezirksamte Philippsburg als Zeugen vernommen und erklärten, nachdem ersterer am 8. Juni d. J., letzterem am 14. Juli d. J. der Zeugeneid in gesetzlicher Weise abgenommen worden war, daß sie im Laufe der fraglichen Nacht in der Dörr'schen Behausung nicht anwesend gewesen seien, wiederholten auch diese Erklärung mehrfach. Die Pfeiffer fügte noch bei, daß sie sich auch sonst nicht während der Anwesenheit der Segner zu Philippsburg des Nachts in der Dörr'schen Behausung befunden habe. Löfel bemerkte, daß er am 10. April d. J. — dem Osterdienstage — des Nachts vor 10 Uhr eine kurze Weile in der Dörr'schen Behausung zugebracht habe, sonst aber während des Aufenthalts der Segner in Philippsburg niemals in die erwähnte Behausung gekommen sei.

Diese Zeugenaussagen der Pfeiffer und des Löfel sind aber falsch, wie beide selbst nachträglich gestanden haben. Nicht nur die Pfeiffer'schen Eheleute, sondern auch Löfel und Maurer haben in der That, wie Florian Dörr stets behauptete, die Nacht vom 9. auf den 10. April

d. J. — vom Ostermontag auf den Osterdienstag — bei einem Trinkgelage, dem auch die Gegner und die sämmtlichen Dörr'schen Familienangehörigen anwohnten, in der Wohnung der letztern zugebracht, und haben sich erst am Morgen aus dieser Wohnung entfernt. Beide bekannten zugleich, die Unwahrheit wissentlich angegeben zu haben und ihr Geständniß ist durch die Aussagen derjenigen Personen, welche gleich ihnen dem fraglichen Gelage anwohnten, sowie durch die Angaben weiterer Personen, welche aus dem Munde der Pfeiffer'schen Ehefrau Mittheilungen über deren Anwesenheit bei dem Gelage erhielten, unterstützt.

Die Pfeiffer gab vor, zu ihrer Handlungsweise durch die Besorgniß veranlaßt worden zu sein, ihr Ehemann möchte, falls seine Anwesenheit bei dem Trinkgelage bekannt werde, hiergegen zur Strafe gezogen werden und ihr dies dann entgelten lassen, auch habe die weitere Besorgniß, daß — weil die Gegner von ihr und ihrem Ehemanne, wenn gleich nach vorgängiger Anzeige bei dem Bürgermeisteramte, doch ohne Einholung eines s. g. Nachtzettels beherbergt worden sei — Strafe drohe, auf sie eingewirkt.

Löfel behauptete, durch die Pfeifer, welche einige Zeit vor ihm das falsche Zeugniß abgelegt hatte, und befürchten mußte, daß sie, falls Löfel die Wahrheit angeben würde, wegen ihres falschen Zeugnisses sofort werde zur Rechenschaft gezogen werden, zu dem fraglichen Verbrechen bewogen worden zu sein.

(Martin Maurer, welcher ebenfalls in der bisher besprochenen Weise falsches Zeugniß abgelegt hatte, ist, ehe er in Untersuchung gezogen werden konnte, ertrunken.)

Das über Dörr aburtheilende Militärgericht nahm übrigens an, daß der Thatbestand der Widersetzlichkeit überhaupt nicht vorliege.

Auf den Grund dieser Thatsachen wurde von der Staatsbehörde in der gegen jene Beiden erhobenen Anklage behauptet, daß die Ehefrau des Friedrich Pfeiffer von Philippsburg, Albertine geb. Maurer, und Johann Löfel von da, in dem gegen den Soldaten Florian Dörr von da wegen Widersetzlichkeit gerichteten Strafverfahren, als Zeugen beeidigt, zum Nachtheile des Angeschuldigten Dörr wissentlich falsches Zeugniß abgelegt, und damit das nach den §§. 484. 486. 487 Ziff. 2 des St.G.B. zu bestrafende Verbrechen des falschen Zeugnisses begangen haben.

Hiergegen wurde aber geltend gemacht, das falsche Zeugniß habe dem Florian Dörr nicht zum Nachtheile gereicht, weil nach dem über die Untersuchung ergangenen Urtheile das Verbrechen der Widersetzlichkeit gar nicht vorgelegen, daher die Beweislosigkeit des Milderungsgrundes, auf den sich Dörr berufen habe, ohne allen Einfluß gewesen sei.

Während der Staatsanwalt beantragte, nach dem oben unter 1 bezeichneten Thatbestande des falschen Zeugnisses in Strafsachen zu fragen und die Erwägung, ob das Verbrechen zum Nachtheil des Dörr verübt worden sei, dem Ermessen des Gerichtshofs vorzubehalten, eventuell nur eine Frage in objectiver Fassung nach dem Wortlaut der Ziff. 2 des §. 487 St G.B. zu stellen, wurde von anderer Seite das Hauptgewicht auf die Absicht der Angeklagten gelegt. Der Gerichtshof vereinigte sich nach längerer Berathung dahin, zwei Fragen zu stellen, die erste nur über den Thatbestand des falschen Zeugnisses, die andere über die Qualifikation desselben und zwar letztere in zweifacher, auseinander zu haltender Richtung nach Erfolg und nach Absicht. Da jedoch ein nachtheiliger Erfolg nicht eingetreten war, so beschloß man, nur nach der Möglichkeit desselben zu fragen, indem man dabei erwog, daß wenn dieser Theil der Frage verneint, hiermit die Unerheblichkeit des Zeugnisses (§. 490) anerkannt würde. Man war jedoch der Ansicht, daß auch in letzterem Falle die Absicht auf Zufügung eines Nachtheils gehen konnte, und daß auch dann die Strafbestimmung unter Ziff. 2 des §. 487 St.G.B. doch zur Anwendung komme. Wenn Erfolg und Absicht nach dem Wahrspruch zusammentreffe, würde die Strafe zu erhöhen, wenn der Wahrspruch aber den Erfolg, beziehungsweise dessen Möglichkeit und die Absicht verneine, so werde die in der Ziffer 1 des §. 487 enthaltene Strafbestimmung anzuwenden sein.

Wegen der objectiven Richtung eines Theils der zweiten Frage nach dem Erfolg konnte die gewöhnliche Eingangsform nicht beibehalten, sondern mußte wie in den Fällen der Ziff. 1 des §. 381 St.G.B. die Frage mit der Formel eingeleitet werden:

„Ist anzunehmen rc.

Hiernach kam man über folgende Fassung der Fragen überein:

Frage I. (III)

Ist die Angeklagte, Albertine Pfeiffer, geb. Maurer von Philippsburg (der Angeklagte Löfel) schuldig, vor großh. Bezirksamte Philippsburg in der gegen den Sol-

daten Florian Dörr von da wegen Widersetzlichkeit geführten gerichtlichen Untersuchung auf von ihr geleisteten Eid wissentlich falsches Zeugniß abgelegt zu haben.

Frage II. (IV).

(Im Falle der Bejahung der Frage I. (III).:

Ist anzunehmen, daß durch das von der Angeklagten Albertine Pfeiffer (dem Angeklagten Lösel) in Frage I. (III). bezeichnete falsche Zeugniß in der gegen Florian Dörr wegen Widersetzlichkeit eingeleiteten gerichtlichen Untersuchung diesem letztern:

a) ein Nachtheil zugefügt werden konnte,

b) von der Angeklagten Albertine Pfeiffer (dem Angeklagten Lösel) zugefügt werden wollte?

In dem Wahrspruch wurde die erste (dritte) Frage und die lit. a der zweiten (vierten) Frage bejaht, die lit. b der letzteren aber verneint, der Schwurgerichtshof erkannte demzufolge, die Angeklagten, Albertine Pfeiffer geb. Maurer und Johann Lösel, beide von Philippsburg, seien des falschen Zeugnisses in einer Strafsache zum Nachtheil des Florian Dörr von dort, für schuldig zu erklären und deßhalb Albertine Pfeiffer zu Zuchthaus von 1¼ Jahr, Johann Lösel zu Zuchthaus von 1¼ Jahr oder 10 Monaten Einzelhaft, beide zur Unfähigkeit zum Eide und zum gerichtlichen Zeugnisse, sowie zur Tragung der Kosten des gerichtlichen Verfahrens unter Sammtverbindlichkeit für das Ganze und jeder zur Tragung der Kosten seiner Haft und Straferstehung zu verurtheilen.

Gegen dieses Urtheil zeigte der Vertheidiger die Nichtigkeitsbeschwerde an, weil die Auslegung des §. 487 des St.G.B. controvers sei, indem auch die Meinung ihre Vertreter habe, daß die Absicht des Angeklagten hergestellt sein müsse, zum Nachtheil des in der betreffenden andern Untersuchung Angeschuldigten aussagen zu wollen und weil der Wahrspruch eine solche Absicht der beiden Angeklagten verneint habe.

Stf.

II.

1) **Wird die Verpfändung von Liegenschaften, welche im Grundbuche noch nicht auf den Namen des Schuldners übergetragen sind, durch die spätere Eintragung des Erwerbtitels zum Grundbuche vollgültig?**

2) **Hat der Erbe, welcher seinen noch nicht ausgeschiedenen Antheil an der Erbmasse einem Miterben gegen eine Bauschsumme überläßt, das Vorzugsrecht des Verkäufers oder des Miterben.**

Ueber diese Fragen sprachen sich die Entscheidungsgründe zu einem Urtheil des Hofgerichts in Mannheim (III. Civ.-Sen.) in folgender Weise aus:

Nachdem Franz Eckert, der mittlere, in Rauenberg am 13. April 1828 gestorben war, schloß dessen Wittwe mit ihrem Sohne Franz Joseph Eckert am 28. August 1829 einen Vertrag ab, worin sie ihm ihr ganzes liegenschaftliches Vermögen und ihre Fahrniß um den Anschlag übergab, beziehungsweise verkaufte. An diesem Vertrage nahmen auch die drei Schwestern des Uebernehmers Theil, indem darin bedungen wurde, daß der Uebernehmer ihnen die Erbansprüche abkaufe, welche sie an die elterliche Masse haben. Der Kaufpreis wurde am 31. Oktober 1829 auf je 50 fl. in achtjährigen unverzinslichen, Martini 1830 beginnenden, Zielern zahlbar — festgesetzt.

Am 21. April 1846 verpfändete der Uebernehmer die so erworbenen, im Grundbuch noch nicht auf ihn übertragenen Liegenschaften der Fürstlich Löwenstein-Freudenberg'schen Fideikommiß-Kasse in Wertheim für eine Darleihe von 1000 fl. und erst am 22. Februar 1855 wurde der Uebertrag des Erwerbstitels des Anleihers zum Grundbuche von ihm veranlaßt. Nachdem nun auf Betreiben der Darleiherin die ihr verpfändeten Liegenschaften versteigert sind, beanspruchen die Schwestern des Schuldners für ihre Restforderung von 138 fl. 18 kr. den Vorrang vor der Forderung der Klägerin, indem sie das Unterpfandsrecht derselben beanstanden und für jene das Vorzugsrecht des Kaufpreises geltend machen. Die Vorschrift des L.R.S. 2127a unter Ziff. 1, daß der Ausfertigung einer Pfandurkunde die Vorlegung eines Zeugnisses vorangehen müsse, daß der Schuldner im Grundbuch als Eigenthümer des zu ersetzenden Gutes eingetragen sei *), steht im Zusammenhang mit dem L.R.S. 1583a und dem §. 25 des II. Einf.-Ed., wonach, ehe der Erwerb der Liegenschaft in das Grundbuch eingetragen ist, der neue Eigenthümer in Gerichten sein Eigenthum nicht geltend machen, auch keine

*) Würde diese gesetzliche Bestimmung gebührend beachtet, so könnte die Errichtung eines Pfandvertrags vor der Transscription des Erwerbs gar nie vorkommen. S. Bekk, dingliche Rechte S. 71 Note *).

Pfandverschreibung darauf geben kann, vielmehr alle darauf in der Zwischenzeit zwischen seiner Erwerbung und Einschreibung von dem vorigen Eigenthümer nachkommenden Pfandverschreibungen gegen sich gelten lassen muß.

In dem vorliegenden Falle ist eine solche Pfandverschreibung nicht nachgekommen, bevor die Einschreibung des Erwerbtitels des Schuldners zum Grundbuche nachträglich stattgefunden hat, durch diese Einschreibung aber der Mangel der Pfandverschreibung geheilt und diese rückwärts gültig geworden. *)

Bekk über die dinglichen Rechte an die Liegenschaften §. 36. S. 71.

Den Beklagten steht für ihre Forderung aus dem an Theilungsstatt mit ihrem Bruder abgeschlossenen Vertrag nicht das Vorzugsrecht des Verkäufers, L.R.S. 2103 1, sondern das der Miterben nach L.R.S. 2103 3 zu **), welches sie nach L.R.S. 2109 in 60 Tagen von dem endgültigen Vertragsabschlusse an durch Eintragung ins Grundbuch hätten wahren müssen. Da sie sowohl dies versäumt als auch die Wahrung ihres Vorrechts durch Eintrag im Pfandbuche unterlassen haben, so können sie jetzt einen Vorrang vor der Klägerin nicht einmal zufolge L.R.S. 2113 kraft Unterpfandsrechts ansprechen.

Uebrigens würden die Beklagten — selbst wenn ihnen das Vorzugsrecht des Verkäufers zustünde, welches nach L.R.S. 2108 durch den am 22. Februar d. J. von dem Käufer bewirkten Eintrag seines Erwerbstitels zum Grundbuche gewahrt wäre, doch einen Vorrang gegenüber der Klägerin nicht ansprechen können, weil diese ihnen mit der Bestellung ihres Unterpfandsrechts im Unterpfandsbuche zuvor kam, deren anfängliche Mangelhaftigkeit mit Rückwirkung ausgeglichen ist, und weil diesem durch den Akt vom 22 Februar d. J. gekräftigten Pfandrechte gegenüber die an diesem Tage nachgeholte Eintragung des Verkaufakts im Grundbuche nur ein erst von da an gültiges Vorrecht erzeugen würde. L.R.S. 2218a 3.

Bekk a. a. O. §. 75 S. 182 zu 2. (Vergl. §. 74 S. 175.)

Eis.

*) Brauer im 6. Bande der Erläuterungen No. 255. S. 617 vertheidigt die Ansicht, ein vor der Gewährung des Eigenthumserwerbs bedungenes Unterpfandsrecht werde durch nachgeholte Eintragung in's Pfandbuch von dem Tage dieser Eintragung an gültig und wirksam.

Hiermit übereinstimmend behauptet Trefurt in seinem System des badischen Civilrechts S. 133, daß ein vor der Transscription constituirtes Unterpfand nichtig sei, und durch Nachholung der Transscription allein nicht gültig werde.

**) Diese Frage ist auch sehr bestritten:

Le cohéritier qui a cédé ses droits successifs, même à un seul de ses cohéritiers, ne jouit pas du privilége de vendeur, mais du privilége de copartageant, qui ne produit son effet, qu'autant qu'il a été inscrit dans les soixante jours à partir du jour de l'acte.

Les Codes annotés de Sirey par Gilbert Note 1 zu art. 2109.

Les solutions qui précèdent dépendent du point de savoir, si la cession de droits successifs doit être considérée comme un partage, alors même qu'elle n'a pas pour résultat de faire cesser l'indivision entre tous les héritiers indistinctement; ou si, au contraire, dans ce cas, la cession a le caractère de vente. Or, c'est là une question des plus délicates et des plus controversées.

Note 3 ibid.

La cession de droits successifs consentie par un cohéritier à son cohéritier, aux périls et risques de celui-ci, peut, même alors qu'elle fait entièrement cesser, l'indivision entre tous le héritiers, être considerée à l'égard des tiers comme une vente et non comme un partage; . . . du moins en est — il ainsi lorsqu'il paraît que, dans l'intention des parties, cette cession n'a constitué qu'une vente, qu'elle a été exécutée comme telle, et qu'elle a reçu cette qualification lors de la transcription et dans l'inscription prise d'office par le conservateur. — En conséquence cette inscription ne conserve au cédant que le privilége de vendeur et non celui de copartageant.

Note 4 ibid.

III.

Bei welchem Verbrechen findet ein Rückfall statt?

In der Praxis wird nicht selten angenommen, daß nach unserem St.G.B. bei allen Verbrechen die Wiederholung nach vorausgegangener Verurtheilung und Verkündung des Strafurtheils einen Rückfall begründe.

So ist namentlich auch in den Annalen **XX.** S. 8 die Ansicht ausgesprochen worden, daß die Begünstigung als Rückfall bestraft werden könne. Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig. *)

*) Und zwar schon aus dem Grunde, weil nach §. 184 Abs. 1 St.G.B. nur der Urheber und der Gehilfe, also nicht auch der Begünstiger wegen Rückfalls bestraft werden kann.

D. R.

In vielen Gesetzgebungen ist jede Wiederholung eines Verbrechens als Rückfall mit besonderer härterer Strafe bedroht. Diesem System ist aber unser Strafgesetzbuch nicht beigetreten, sondern es bildet hiernach die Wiederholung eines Verbrechens in der Regel blos einen Straferhöhungsgrund, welcher nach §. 151 Ziff. 4 bei der Strafausmessung innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Strafe wirkt. Nur ausnahmsweise bedroht das Gesetz bei gewissen Verbrechensgattungen die Begehung eines Verbrechens, nachdem der Thäter schon wegen der nämlichen oder gleichartigen Uebertretung bestraft worden war, unter der Benennung Rückfall mit einer härteren Strafe. Das Gesetz geht dabei von dem Gesichtspunkte aus, daß es nur statthaft sei, mit der schwereren Rückfallsstrafe gegen diejenigen Verbrecher aufzutreten, deren Verübung zur Gewohnheit, zur wahren Neigung werden kann, und führt in §. 183 diese Verbrechensgattungen namentlich auf. Vrgl. Anmerkung der Gesetzgebungskommission zum §. 162 bis 164 des Strafgesetzentwurfs S. 46.

In dem Regierungsentwurf waren im §. 162 (jetzt §. 183) auch noch unter einer besonderen Nummer die Verbrechen des Meineids, des falschen Handgelübdes, des Eides- und Gelübdebruchs unter diejenigen aufgenommen, bei welchen ein Rückfall stattfindet. Von der zweiten Kammer wurde aber diese Verbrechensgattung gestrichen, weil man annahm, daß diese Verbrechen nicht geeignet seien, in eine Neigung oder Gewohnheit überzugehen, also der Grund zur Drohung einer höheren Strafe hier wegfalle. Dagegen hatte die zweite Kammer beschlossen, unter die Verbrechen, bei welchen ein Rückfall stattfindet, auch die gewerbsmäßige Begünstigung von Diebstahl, Raub oder Erpressung aufzunehmen, weil das Maximum der in §. 126 (jetzt §. 144) für Begünstigung überhaupt gedrohten Strafe mit 6 Jahren Arbeitshaus für diese gefährlichste und auch sonst strafbarste Art der Begünstigung beim Rückfall viel zu milde wäre. Vrgl. Trefurt Commissionsbericht zum Titel VIII. des Entwurfs von 1839 S. 13. Dagegen wurde von der ersten Kammer die gewerbsmäßige Begünstigung von Diebstahl, Raub oder Erpressung in §. 162 (jetzt §. 183) gestrichen, in §. 126 (jetzt §. 144) aber das Maximum der Strafe für gewerbsmäßige Begünstigung von Verbrechen überhaupt auf 6 Jahre Zuchthaus festgesetzt, welchem Beschluß auch die zweite Kammer beigetreten ist. Daraus geht gewiß unzweifelhaft hervor, daß die Begünstigung, welche nach §. 142 ein besonderes Vergehen ist, nicht zu denjenigen Verbrechensgattungen gehört, bei welchen ein Rückfall statt findet, sondern die abermalige Begehung ist nur eine Wiederholung, bei welcher nicht die Bestimmung in §. 187 ff, sondern die Bestimmung in §. 143. 151. Ziff. 4 zur Anwendung kommt, insofern nicht die Begünstigung gewerbsmäßig betrieben wird, in welch' letzterem Falle aber nicht die Rückfallsstrafe, sondern nur die in §. 144 gedrohte Strafe erkannt werden kann.

Außer der allgemeinen Vorschrift über Bestrafung des Rückfalls im Titel VII des St.G.B. sind auch noch für einzelne Verbrechen besondere Bestimmungen und Strafandrohungen wegen Rückfalls im Strafgesetze gegeben und zwar in §. 217. 256. 384. 449. 532. 534. 647. 651. 667.

In allen übrigen Fällen und bei allen andern Verbrechen findet ein Rückfall nicht statt, sondern es erscheint die abermalige Begehung auch nach erlassenem und verkündetem Strafurtheil als blose Wiederholung und somit nur als Straferhöhungsgrund (§. 151 Ziff. 4). Es kann daher z. B. bei dem Meineid, falschen Zeugniß, bei der Begünstigung, ebenso bei der Fälschung öffentlicher Zeugnisse ohne Gewinnsucht (§. 429) von einem Rückfalle keine Rede sein, weil alle diese Verbrechen nicht in den §. 183 aufgenommen und auch keine besonderen Vorschriften wegen des Rückfalls gegeben sind. Und die Auslegung darf nicht auch noch andere Verbrechen gleicher Gattung mit der Wirkung als gleichartig behandeln, daß sie unter den Begriff des eigentlichen Rückfalls gestellt werden, denn der Rückfall ist ein Strafschärfungs- oder Erschwerungsgrund, daher die Vorschriften hierüber als Ausnahmsbestimmungen strenge zu interpretiren und nicht auf analoge Fälle auszudehnen sind. Vrgl. Häberlin, Grunds. des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzb. I. S. 271. Deßhalb können auch bei Verbrechen aus Fahrläßigkeit und im Affekte verübt (mit Ausnahme der Tödtungen und Körperverletzungen bei Raufhändeln) keine Rückfallsstrafen zur Anwendung kommen, sondern bei der Wiederholung solcher Verbrechen greift lediglich der §. 151 Ziff. 4 Platz.

Bei einzelnen Vergehen (vergl. §. 255. 398. 477. 575. 639. 644. 651. 653) ist der Rückfall als nothwendige Voraussetzung zur gerichtlichen Bestrafung in der Art bestimmt, daß eine gerichtliche Bestrafung nur dann eintreten kann, wenn der Thäter vorher wegen des nämlichen Vergehens bereits zweimal poli-

zeilich bestraft worden ist. Auch diese Bestimmungen sind strenge auszulegen.

Wenn daher Jemand nicht wegen des nemlichen, sondern nur wegen eines gleichartigen Vergehens, z. B. wegen Bettels polizeilich bestraft worden ist, so kann derselbe nicht wegen Landstreicherei gerichtlich bestraft werden, weil der §. 639 von einer zweimaligen polizeilichen Bestrafung wegen Herumziehens spricht und der §. 183 Ziff. 7 offenbar nur gerichtliche Bestrafungen im Auge hat. Hgr.

IV.

Kann eine Privaturkunde über einen doppelseitigen Vertrag als ungültig und wirkungslos angefochten werden, weil sie nicht von allen Betheiligten unterzeichnet ist?

Philipp Nägele erhob Einsprache gegen eine von Joseph Nägele betriebene Hilfsvollstreckung einer eingeklagten Forderung, weil letzterer nach einem im September 1853 abgeschlossenen Vergleiche keinerlei Forderung mehr an ihn zu machen, vielmehr gegen eine von den Erben seines Bürgen Johann Albert zu entrichtende Summe von 465 fl. auf die diesen Betrag übersteigende Restforderung von 1335 fl. verzichtet habe. Diese Behauptung wurde von dem Einsprachsbeklagten widersprochen und nur so viel zugegeben, daß von ihm gegen die Zahlung obiger Summe auf seine Mehrforderung an die Erben des Bürgen Verzicht geleistet worden sei.

Zum Beweise des von dem Einsprachskläger behaupteten Verzichts wurde eine von dem Einsprachsbeklagten unterzeichnete Urkunde vom 26. September 1853 vorgelegt, von Letzterem auch die Aechtheit seiner Unterschrift anerkannt, die Urkunde aber wegen Mangels der im L.R.S. 1325 vorgeschriebenen mehrfachen Ausfertigung und weil sie nicht von allen Betheiligten unterzeichnet ist, als ungültig angefochten. Die erwähnte Urkunde, in der Form einer Privaturkunde abgefaßt, enthielt nemlich einen Vergleich, welcher in dem Rechtsstreite zwischen Joseph Nägele und den Erben des Johann Albert in Mettenberg, als Bürgen für einen Theil der Schuld des Philipp Nägele, zwischen den Betheiligten abgeschlossen worden ist. Durch diesen Vergleich haben die Bürgen, welche von Joseph Nägele auf Zahlung von 533 fl. nebst Zinsen belangt worden waren, sich verbindlich gemacht, die Summe von 465 fl. bis auf Martini 1853 an Joseph Nägele zu bezahlen. Der Hauptschuldner Philipp Nägele versprach demselben 65 fl. daran zu entrichten:

Der Gläubiger, Joseph Nägele dagegen, sammt seinen Bürgen verpflichtete sich an den Schuldner Philipp Nägele unter keinem Namen mehr eine weitere Forderung zu machen.

Diese Urkunde war aber von einem der contrahirenden Betheiligten, nämlich von Konrad Bucher von Hürlingen, welcher in dem verglichenen Prozesse Mitbeklagter war, nicht unterzeichnet. Wegen dieses Mangels wurde die Urkunde als ungültig und wirkungslos angefochten.

Von dem Amt ward die Vollstreckungsverfügung aufgehoben und Joseph Nägele mit seiner Forderung gegen Philipp Nägele abgewiesen. Das Hofgericht des Seekreises änderte dieses Erkenntniß dahin ab, daß die von Philipp Nägele erhobene Einsprache zu verwerfen sei. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt, daß hier ein doppelseitiger Vertrag vorliege, daß die fragliche Vergleichsurkunde, wenn sie auch die Erfordernisse des L.R.S. 1325 nicht habe, doch immerhin als Anfang eines schriftlichen Beweises diene (L.R.S. 1347), daß sie aber wegen Mangels der Unterschrift eines der Contrahenten in Bezug auf diesen ungültig sei und daher, da es in dem Wesen eines doppelseitigen Vertrages liege, daß die eine Partei nur mit Rücksicht auf die gegenseitige Rechtsverpflichtung der andern Verbindlichkeiten übernehme oder Rechte aufgebe, auch hinsichtlich der übrigen Betheiligten, welche die Urkunde unterzeichnet haben, als ungültig und wirkungslos angesehen werden müsse. L.R.S. 1102. 1108. 1340 a.

Vom großh. Oberhofgericht wurde dem Joseph Nägele ein Notheid über den Verzicht auferlegt und von der Leistung oder Verweigerung des Eides über das Nichtwahrsein des behaupteten Verzichts die Bestätigung oder Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils abhängig gemacht. Die oberhofgerichtlichen Motive besagen:

Die Urkunde vom 26. September 1833 ist schon in formeller Hinsicht nicht geeignet, den Beweis des behaupteten Verzichts herzustellen, weil sie, obgleich darin doppelseitige Zusagen enthalten sind, den Erfordernissen des L.R.S. 1325 nicht entspricht. Wegen dieses Mangels kann die fragliche Urkunde aber nicht als völlig wirkungslos betrachtet werden, sondern sie dient dem Beweisführer nach L.R.S. 1347 immerhin als Anfang eines schriftlichen Beweises und begründet daher zu Folge des L.R.S. 1367 und des §. 587 der Pr.O. die Zulässigkeit eines Notheides.

Hiergegen kann mit Grund nicht geltend gemacht werden, daß der Mitbetheiligte Konrad Bucher die Urkunde nicht unterzeichnet habe, weil dieser Einwand dem Rechte eines Dritten entnommen ist und zwischen den Parteien darüber kein Streit besteht, daß überhaupt ein Vergleich gültig zu Stande gekommen ist, sondern nur über den Inhalt und Umfang des Vergleichs. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. **No. 50.** Mannheim, 8. Dezember **1855.**

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

Drei Urtheile des königlichen Obertribunals in Berlin.

(Aus dem Archiv für Wechselrecht Bd. V. S. 92—105).

1.

Die Protesturkunde muß an dem Tage, da protestirt wurde, aufgenommen werden; durch eine am 1. Februar aufgenommene Protesturkunde kann nicht die am vorhergehenden Tag geschehene Protestirung bewiesen werden.

Der Inhaber eines am Sonnabend den 28. Januar 1854 fälligen und Mangels Zahlung protestirten Wechsels nahm den Acceptanten, Aussteller und Giranten auf Zahlung der verschriebenen Summe in Anspruch. Die dem Regreß zu Grunde gelegte Protesturkunde begann mit den Worten:

„Actum Berlin am 1. Februar 1854,"

während in dem Conterte gesagt war, daß der Notar sich

„am 31. Januar 1854"

dem 2. Werk- und Protesttage nach dem Geschäftslocale des Acceptanten begeben und dort denselben in Person Nachmittags 5 Uhr 55 Minuten angetroffen habe.

Die beiden ersten Richter verurtheilten den Acceptanten nach dem Klagantrage, wiesen dagegen die Klage gegen den Aussteller und Giranten zurück, indem sie annahmen, daß in den Angaben des Protestes ein Widerspruch läge, und deßhalb die Protesturkunde mangelhaft und wirkungslos sei, und daß selbst, wenn sich der Notar am 31. Januar nach dem Geschäftslocale des Acceptanten begeben und dort Protest eingelegt, die darüber lautende Urkunde jedoch erst am 1. Februar niedergeschrieben haben sollte, ein solches Verfahren für ungesetzlich, und demnach der Wechsel bezüglich des regreßpflichtigen Ausstellers und Vormannes für präjudicirt zu erachten.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal zu Berlin unterm 2. Mai 1854 verworfen und ausgeführt:

Nach Art. 14 der Wechselordnung ist zur Ausübung des Regresses Mangels Zahlung gegen die Aussteller und die Indossanten erforderlich, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden, und daß sowohl diese Präsentation, als auch die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig darüber aufgenommenen Protest dargethan wird; diese Erhebung des Protests ist am Zahlungstage zulässig, sie muß aber spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage geschehen.

Der Art. 88 der Wechselordnung stellt die materiellen und formellen Erfordernisse des Protestes, und darunter namentlich unter No. 6 die Unterschrift des Notars oder des Gerichtsbeamten, welcher den Protest aufgenommen hat, mit Beifügung des Amtssiegels als erforderlich auf.

Nach der Vorschrift des Art. 88 ist mithin nur die mit der Unterschrift und dem Amtssiegel des Notars oder des Gerichtsbeamten versehene Protesturkunde der Protest im Sinne des Gesetzes, sie allein ist die für das Schicksal des zurücklaufenden Wechsels entscheidende. Dies führt zunächst dahin, daß unter dem im Art. 41 genannten Protest eben nur ein solcher verstanden werden kann, welcher mit den Erfordernissen des Art. 88 versehen ist, also auch die Unterschrift und das Amtssiegel des Notars trägt.

Wenn nun in Art. 41 zugleich erfordert wird, daß der Protest ein rechtzeitig aufgenommener ist, so kann dies nach dem Wortverständnisse nur ein solcher sein, bei welchem nicht blos die Handlung des Protestirens rechtzeitig vorgenommen worden, sondern auch die Beurkundung der

geschehenen Handlung rechtzeitig erfolgt ist. Beides zusammen macht den Protestact aus, und bildet den Protest. Mit der Rechtzeitigkeit des Protestes hängt die Notification und die Wechselverjährung auf das Engste zusammen, die Lostrennung der Beurkundung von der Handlung und die Verlegung der Beurkundung in eine spätere Zeit ohne feste Grenze würde mit den Vorschriften über die Notification und Wechselverjährung nicht vereinbar sein, der Beurkundung selbst jede Sicherheit und Gewißheit nehmen und in den Wechselverkehr eine nicht zu beseitigende Verwirrung und Unsicherheit bringen.

Nach dem Conferenzprotokoll vom 8. November 1847 No. XV. war bei Gelegenheit der Discussion über die Respecttage von zwei Seiten der Vorschlag gemacht worden, den Protest Mangels Zahlung an dem Tag nach Verfall zu erheben, es sollte jedoch an Plätzen, welche einen eigenen Wechselcours hätten, genügen, an diesem Tage den Protest zu notiren, und die Ausfertigung bis zum folgenden Tage zu verschieben. Dieser Vorschlag fand indessen keinen Eingang, vielmehr erhielt die Bejahung folgender Frage: soll auch noch an dem zweiten Tage nach dem Verfalltage Protest aufgenommen werden dürfen? die überwiegende Majorität.

Diesem entsprechend ist der Art. 41 redigirt, der Hergang gibt eine Bestätigung dafür, daß nicht blos die Rechtzeitigkeit des Protestirens, als Handlung, sondern zugleich auch die Rechtzeitigkeit der Beurkundung dieser Handlung Erforderniß und Vorbedingung des Wechselregresses hat sein sollen.

Die Wechselordnung enthält auch nirgends eine Andeutung dafür, daß besondere Ausfertigungen des Protestes, wie bei sonstigen gerichtlichen oder notariellen Akten, zu machen seien; der Art. 90, wornach die aufgenommenen Proteste, nach deren ganzem Inhalte Tag für Tag und nach Ordnung des Datums in ein besonderes Register eingetragen werden sollen, beweise dies noch nicht. Jedenfalls weisen die Worte der vorliegenden Protesturkunde, "Actum, Berlin am 1. Februar 1854" nicht auf eine erst an diesem Tage gemachte Ausfertigung, sondern entschieden darauf hin, daß die Niederschreibung des Vorgangs an diesem Tage erfolgt ist, und wenn in dem Contexte der Urkunde der 31. Januar als der Tag der Vornahme des Protestirens bezeichnet wird, so stellt sich der vorliegende Protest nicht nur als untauglich zur zweifelsfreien und sichern Constatirung der Rechtzeitigkeit des Protestactes; sondern auch als verspätet und mithin nicht geeignet dar, das Regreßrecht gegen den Aussteller und die Vormänner zu erhalten.

2.

1) Was gehört zur Legitimation des Inhabers eines in blanko girirten Wechsels?

2) Welche Folge hat insbesondere die Behauptung und der Beweis, daß das Blanko-Indossament unächt sei?

Der Fuhrmann J. A. hat fünf Wechsel, einen jeden über 49 Thlr. 29 Sgr. 11 Pf. drei Monat dato und zwar vier dieser Wechsel an die Ordre des P. C., den fünften an die Ordre des Severin A., zahlbar auf W. W. gezogen. Auf der Rückseite der zuerst gedachten vier Wechsel befindet sich ein Blanko-Indossament des P. C., auf dem fünften ein ausgefülltes Indossament des Severin A. auf denselben P. C., und zur rechten Hand derselbe Name P. C. in Blanko. Von dem Bezogenen ist die Annahme und Zahlung dieser Wechsel verweigert, und deßhalb rechtzeitig Protest erhoben worden.

Der Handelsmann L. St. befindet sich im Besitze der Wechsel und Proteste, und hat im Wechselregreßwege die Zahlung der Beträge nebst Zinsen, Provision und Protestkosten von dem Aussteller J. A. verlangt. Von diesem ist unter Anderm eingewendet, daß der Kläger wegen der Unächtheit der auf sämmtlichen Wechseln befindlichen Blanko-Indossamente des P. C. zur Klage nicht legitimirt sei. In dieser Beziehung ist unter Berufung auf Zeugen behauptet, daß der Kläger den Besitz der eingeklagten Wechsel während der Flucht des P. C. erschlichen, den Namen desselben selbst darauf geschrieben, und sich solchergestalt ein solches Indossament verschafft, auch dies bei der Präsentation der Wechsel eingeräumt habe. Gleichzeitig deferirte der Verklagte dem Kläger einen Eid darüber, daß P. C. die Blanko-Indossamente nicht geschrieben, und daß der Kläger selbst dies bei der Präsentation der Wechsel bei dem Bezogenen eingestanden habe.

Ohne Beweisaufnahme über diesen bestrittenen Einwand verurtheilte das Kreisgericht zu Olpe den Verklagten nach dem Klagantrage, wogegen das Appellationsgericht zu Arnsberg ebenfalls ohne Beweisaufnahme reformatorisch die Wechselklage zurückwies.

Auf die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal zu Berlin mittels Erkenntnisses vom 16. September 1854, das Appellationsurtel

vernichtet und in der Hauptsache unter Bestätigung, resp. Abänderung der erstrichterlichen Entscheidung, den Verklagten zur Zahlung des Kapitals aus den fünf Wechseln verurtheilt, den Kläger dagegen mit den mehrgeforderten Verzugszinsen, Provision und Protestkosten abgewiesen, aus folgenden

Gründen:

Der Appellationsrichter hat seine Entscheidung in folgender Weise motivirt:

Der erste Richter halte mit Rücksicht auf Art. 76 der Wechselordnung die Einrede des falschen Indossaments nicht für maaßgebend, weil auch ein solches Indossament dem Inhaber eines Blanko-Indossaments genüge. Eine solche Auslegung lasse aber der Art. 76 nicht zu, die schlagenden Worte in demselben seien: „deren Unterschriften ächt sind," denn wer selbst die falsche Unterschrift mache oder sein Recht von einem Fälscher herleite, könne daraus für sich keine Rechte erwerben, ihm stehe eine exceptio doli entgegen. Indossire dagegen der Fälscher weiter, so sei er seinen Hintermännern wechselmäßig verhaftet, sowie derjenige Indossant, welcher der Fälschung vorhergehe, an seine Vormänner seinen Regreß nehmen könne, denn ihre Indossamente seien ächt. Die Thatsache, ob der Name P. C. auf der Rückseite der Wechsel vom Remittenten wirklich herrühre, sei daher erheblich. Verklagter habe dem Kläger einen Eid dahin angetragen, daß P. C. die Indossamente auf den Wechseln und seinen Namen nicht geschrieben habe. Diesen Eid habe Kläger in erster Instanz für unerheblich erklärt, in zweiter Instanz aber dahin acceptirt, daß die Namensschriften in des P. C. Namen und Auftrage geschrieben worden. Allein hierüber sei der Eid gar nicht angetragen. Zur Elidirung der Klage genüge es, daß der Indossant das Indossament nicht geschrieben habe. Des Klägers Sache würde es gewesen sein, zu beweisen, daß der Indossant mit einem Auftrage versehen gewesen sei. Nicht der §. 134 Tit. 10 Thl. I. Allg. Ger.-Ordg., welcher sich auf Urkunden beziehe, die von dem Producenten selbst herrührten, sondern der §. 137 a. a. O. sei maaßgebend, daher habe der Producent die Aechtheit des Indossaments zu beweisen gehabt, und müsse sich der Kläger dem Aussteller gegenüber nach Art. 82 der Wechselordnung auf die Einrede gegen seine Legitimation auch im Wechselprozeß einlassen. Die Klage erscheine daher durch die qualificirte Einrede entkräftet.

Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden, und erscheint der, insbesondere die Art. 12 und 36 der Wechselordnung als verletzend bezeichnete, Angriff begründet. Bei Beurtheilung desselben ist wesentlich an der thatsächlichen Grundlage der angefochtenen Entscheidung festzuhalten, daß sämmtliche Wechsel mit Blanko-Indossamenten versehen sind, daß sich der Kläger im Besitz derselben befindet, und daß der von dem Appellationsrichter als erheblich erachtete Einwand des Verklagten nur dahin geht, daß das Blanko-Indossament nicht von der Hand des Remittenten herrühre. Von dieser Grundlage ist die für die Erörterung der Nichtigkeitsbeschwerde allein interessirende Frage zu prüfen, welchen Einfluß der Einwand des unächten Blanko Indossaments auf den Wechselregreßanspruch des Wechselinhabers an den Wechselaussteller, dessen Unterschrift ächt ist, ausübt?

Nach Art. 76 der Wechselordnung bleiben aus einem mit einem falschen oder verfälschten Accepte oder Indossamente versehenen Wechsel sämmtliche Indossanten und der Aussteller, deren Unterschriften ächt sind, wechselmäßig verpflichtet. Durch diese Vorschrift wird die wechselmäßige Haftbarkeit des Ausstellers und aller Wechselgaranten aus ihren ächten Unterschriften, wenn gleich das Accept oder ein Indossament falsch oder gefälscht ist, gesetzlich festgestellt, und es läßt sich auch aus derselben ableiten, daß gegen diejenigen, deren Unterschriften falsch oder gefälscht sind, weder ein Anspruch, noch ein Rückgriff stattfindet; für die Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage aber bietet der Art. 76 keinen Anhalt. Dieselbe stellt sich vielmehr als eine einfache Frage der Activlegitimation des Wechselinhabers dar, welche dadurch, daß die Legitimation auf ein Blanko-Indossament und den Besitz der Wechsel gestützt ist, ihre Besonderheit erhält, und durch die besondere Natur des Blanko-Indossaments ihrer Lösung entgegen geführt wird. Der Art. 12 der Wechselordnung erklärt das Blanko-Indossament für ein gültiges und wirksames Mittel der Begebung des Wechsels und der Uebertragung der Rechte aus demselben an einen Dritten; nach Art. 13 ist jeder Inhaber befugt, die auf dem Wechsel befindliche Blanko Indossamente auszufüllen, er kann den Wechsel aber auch ohne diese Ausfüllung weiter indossiren. Danach ist gesetzlich zulässig, den mit Blanko-Indossament versehenen Wechsel mit voller Wirkung der Eigenthums-Uebertragung mehrfach aus Hand in Hand zu begeben, ohne daß sich die einzelnen Begebungen äußerlich auf dem Wechsel darstellen.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß sich die Legitimationsfrage bezüglich des Inhabers eines solchen, blos mit Blanko-Indossamenten versehenen, aus Hand in Hand gegangenen Wechsels anders gestalten muß, und daß für den Schutz des Wechselverkehrs nicht gesorgt sein würde, wenn schon der Nachweis, daß das Blanko-Indossament nicht von der Hand dessen herrühret, dessen Namen es darstellt, genügen sollte, die Legitimation des Inhabers zu vernichten, und seinen Anspruch aus dem Wechsel zu beseitigen. Näher aber besteht das Wesen und die besondere Natur des Blanko-Indossaments darin, daß es den Wechsel so lange, als nicht ein ausgefülltes vollständiges Giro vorliegt oder hinzutritt, zu einem Papier auf jeden Inhaber macht; dadurch erhält der Wechsel die rechtliche Bedeutung und Wirkung, daß der Inhaber präsumtiv als der rechtmäßige Eigenthümer des Wechsels gilt, woraus dann von selbst folgt, daß den Inhaber insoweit auch der Besitz des mit Blanko Indossament versehenen Wechselpapieres zu allen Dispositionen über den Wechsel, wie nicht minder in dem Wechselprozesse legitimiert. Diese Legitimation ist sowohl in dem Art. 13 als auch in dem Art. 36 der Wechselordnung anerkannt, es beruht namentlich darauf die Bestimmung des sich von der Legitimation des Wechselinhabers dem Zahlenden gegenüber verhaltenden Art. 36, daß, wenn in der Reihe der Indossamente auf ein Blanko Indossament ein weiteres Indossament folgt, angenommen wird, daß der Aussteller des Letzteren den Wechsel durch das Blanko Indossament erworben habe. Es ist sonach der Besitz des Wechsels und die Vermuthung der Rechtmäßigkeit desselben dasjenige Moment, welches bezüglich der Legitimation des Inhabers eines mit Blanko-Indossament versehenen Wechsels wesentlich und entscheidend in Betracht kommt, und es leuchtet ein, daß die Bedeutung dieses Moments nicht durch den blosen Nachweis der Unrichtigkeit oder Unächtheit der das Blanko Indossament bildenden Namensunterschrift aufgehoben werden kann, daß dazu vielmehr der Nachweis eines Falsi oder des dolosen, resp. verschuldeten Verhaltens des Wechselinhabers bei dem Erwerbe des Wechsels gehört. In dem Verhältnisse des Wechselinhabers zum wahren Eigenthümer des Wechsels ist dies in dem Art. 74 der Wechselordnung ausdrücklich anerkannt.

Es muß dies aber ebenso auch in dem Verhältnisse des Wechselinhabers, dem Aussteller, resp. den sonstigen Wechselgaranten, deren Unterschriften ächt sind, gegenüber, gelten. Wenn der Art. 36 der Wechselordnung verordnet, daß der Zahlende, die Aechtheit des Indossaments zu prüfen, nicht verpflichtet ist, so ist dies nicht in dem Sinne zu nehmen, daß zwar eine Prüfungsverbindlichkeit für den Zahlenden nicht vorhanden sei, und daß er aus einer Unterlassung keinen Nachtheil zu besorgen habe, daß daraus aber nicht folge, daß der Zahlende die Unrichtigkeit wenigstens des letzten Indossaments gar nicht vorschützen dürfe.

Es ergibt sich vielmehr aus einer Vergleichung der in den Art. 36 unverändert aufgenommenen Bestimmung des §. 36 des preußischen Entwurfs einer Wechselordnung und des §. 1153 der landrechtlichen Wechselordnung unter Vergegenwärtigung der damaligen Rechtsprechung in Preußen, daß der Bestimmung des Art. 36 die Auffassung unterliegt, daß der Einwand der Unrichtigkeit des Indossaments, wenn er überhaupt statthaft ist, nur unter dem Nachweise der stattgefundenen Fälschung und des Dolus des Inhabers für zulässig erachtet werden kann.

Als eine weitere Consequenz der besonderen Natur des Blanko Indossaments, insofern der Besitz des Wechsels und die Vermuthung der Rechtmäßigkeit desselben zum wesentlichen und entscheidenden Momente bei der Legitimationsfrage erhoben ist, ergibt sich sodann aber auch, daß es nicht Sache des klagenden Inhabers eines solchen Wechsels ist, die Richtigkeit und Aechtheit des Blanko-Giro und den redlichen Erwerb des Wechsels seiner Seits zu beweisen, sondern daß dem excipirenden Verklagten die Beweislast obliegt, daß ein Falsum vorhanden sei, und daß sich der Inhaber bei dem Erwerbe in dolo befunden habe.

Wird von der so gewonnenen rechtlichen Grundlage aus die Ausführung des Appellationsrichters geprüft, so findet sich zwar insoferne eine Uebereinstimmung mit der obigen Entwicklung, als in der angefochtenen Entscheidung gesagt ist, daß derjenige, welcher selbst die falsche Unterschrift gemacht habe, daraus für sich Rechte nicht erwerben könne.

Dagegen verstößt die Ausführung des Appellationsrichters darin, daß lediglich und allein die Thatsache für erheblich erachtet, und von ihrem Beweise die Entscheidung abhängig gemacht ist, „daß der Name P.-C. auf der Rückseite des Wechsels vom Remittenten wirklich herrührt." Sie genügt, wie gezeigt, noch nicht, um das, die Legitimation des Wechselinhabers allein vernichtende, Falsum und den Dolus bei dem Erwerbe der Wechsel herauszustellen, und es kann für gerechtfertigt nicht erachtet

werden, wenn der Appellationsrichter ausführt, daß zur Elidirung der Klage der Umstand allein hinreiche, daß der Indossant das Blanko-Indossament nicht geschrieben habe.

Es verstößt aber endlich auch die Ausführung des Appellationsrichters gegen die Natur des Blanko-Indossaments, insofern dem Kläger die Beweislast darüber aufgebürdet ist, daß das Giro ächt, resp. daß „der Indossant mit einem Auftrage versehen gewesen sei," während im Gegentheil aus der Natur des Blanko-Indossaments folgt, daß der Verklagte das Falsum und den Dolus des Klägers bei dem Erwerbe des Wechsels zu beweisen hat. Es ist dieses Alles auf eine Verletzung der Art. 12 und 36 der Wechselordnung nach der obigen, aus diesen Vorschriften geschöpften Entwickelung zurückzuführen, und unterliegt deßhalb die Appellationsentscheidung der Vernichtung, ohne daß es eines Eingehens auf die übrigen Angriffe bedarf.

Anlangend die Hauptsache: so unterliegen die anerkannter Maßen von dem Verklagten gezogenen, sämmtlichen fünf Wechsel einer gleichen Beurtheilung; sie Alle sind auf der Rückseite mit dem Blanko-Indossament P. C. versehen, und es ist namentlich gleichgültig, daß sich dieses Blanko-Indossament auf den einen, an die Ordre des Severin A. gestellten Wechsel dem ausgefüllten Indossament dieses Remittenten auf P. C. gegenüber in umgekehrter Schrift befindet. Der Verklagte hat nun bei Aufstellung der Unächtheit sämmtlicher Blanko-Indossamente nur über die Behauptung den Eid deferirt, „daß P. C. die Indossamente auf seinen Namen nicht geschrieben, und daß der Kläger selbst dies bei der Präsentation der Wechsel bei dem Bezogenen W. W. eingestanden habe."

Es ist aber bereits bei Erörterung der Nichtigkeitsbeschwerde gezeigt, daß nicht die blose Behauptung der Unächtheit des Blanko-Indossaments geeignet ist, die Legitimation des Klägers und seinen Wechselregreßanspruch an den Verklagten, als Aussteller, aus dessen ächten Unterschrift zu vernichten, daß dazu auch der Umstand nicht ausreicht, daß der Verklagte in einem spätern Zeitpunkte, bei Präsentation der Wechsel zur Zahlung, von der Unächtheit der Blanko-Indossamente Kenntniß gehabt, daß der Verklagte vielmehr den Einwand des Falsum und des Dolus des Klägers bei dem Erwerb des Wechsels zu begründen und zu beweisen hat, wenn er sich mit Erfolg gegen den geltend gemachten Wechselregreßanspruch schützen will. Zur Begründung eines solchen Einwands genügt die unter Eidesdelation gestellte Behauptung nicht, und der deferirte Eid stellt sich deßhalb als unerheblich dar. Nun hat zwar der Verklagte auch noch mit Bezug auf namhaft gemachte Zeugen angeführt, daß der Kläger den Besitz der eingeklagten Wechsel während der Flucht des P. C. erschlichen, den Namen des Letzteren selbst aufgeschrieben und sich solchergestalt ein falsches Indossament verschafft habe; es muß aber auch diese von dem Kläger bestrittene Behauptung unberücksichtigt bleiben, weil der Verklagte es unterlassen hat, die in Vorschlag gebrachten Zeugen in Gemäßheit des §. 7 des Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850 zur sofortigen Abhörung zuzustellen.

Der im Regreßwege gegen den Verklagten als Aussteller erhobene Anspruch auf Zahlung der sämmtlichen Wechsel ist an sich begründet, da die Nichtannahme und die Nichtzahlung derselben durch den Bezogenen nach den nicht bemängelten, rechtzeitig aufgenommenen Protesten feststeht. Der erhobene Einwand der nicht erhaltenen Valuta ist dem Kläger, als dritten Wechselinhaber gegenüber, nach Art. 82 der Wechselordnung unstatthaft, und demnach die von dem ersten Richter ausgesprochene wechselmäßige Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der in den fünf Wechseln verschriebenen Gesammtsumme der 249 Thl. 29 Sgr. 7 Pf. zu bestätigen.

Dagegen erscheint der Anspruch des Klägers auf Verzugszinsen, Provision und Erstattung der Protestkosten nicht gerechtfertigt, da von dem Verklagten bestritten ist, daß ihm die Nichtzahlung der Wechsel nach Vorschrift des Art. 45 der Wechselordnung notificirt worden sei, Kläger aber die rechtzeitig erfolgte Notification nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen hat.

Dieser Mangel hat nach Art. 45 der Wechselordnung zur Folge, daß der Kläger nur die Wechselsumme zu fordern berechtigt ist; insoweit muß daher die erstrichterliche Entscheidung abgeändert werden.

3.

Wenn ein eigener Wechsel durch Verjährung seine Wechselkraft verloren hat, so kann er dennoch, insofern er den Erfordernissen eines Schuldscheins entspricht, zur Begründung eines civilrechtlichen Anspruchs dienen.

Vrgl. Annalen 1841 S. 64 und 1846 S. 162—167.

H. und Z. hatten einen Wechsel ausgestellt, in welchem sie sich Einer für Beide und Beide für Einen ver-

pflichteten, am 8. September 1849 an die Ordre des Kaufmanns R. 200 Thlr. nebst 6 pCt. Zinsen zu zahlen, auch die Valuta baar in Courant erhalten zu haben bekannten. Nachdem die Wechselkraft dieser Urkunde bereits durch Verjährung erloschen war, klagte R. die darin verschriebenen 200 Thlr. gegen H. unter der Behauptung ein, daß er diese Summe ihm und dem Z. als ein baares Darlehen gegeben habe. Zum Erweise dieser Behauptung berief er sich zunächst auf die Urkunde vom 20. August 1849, welche, wenn gleich als Wechsel verjährt, doch auch allen gesetzlichen Erfordernissen eines Schuldscheins entspreche; eventuell trat er über Hingabe und Kündigung des Darlehens Beweis durch Eidesdelation an.

Der Verklagte räumte zwar ein, die Urkunde unterschrieben zu haben, verlangte aber gleichwohl die Abweisung des Klägers, weil er ein Darlehen von 200 Thlr. von ihm nicht erhalten habe; den ihm hierüber angetragenen Eid nahm er an.

Dieses Einwandes ungeachtet, verurtheilte das Kreisgericht zu Neu Stettin den Verklagten zur Zahlung der 200 Thlr., weil der Wechsel alle Erfordernisse eines Schuldscheins enthalte, der Verklagte nicht bestritten habe, daß Z. das Darlehen empfangen habe, und der Verklagte unter dieser Voraussetzung als Selbstschuldner hafte.

Der Verklagte appellirte und machte geltend, daß im Sinne der deutschen Wechselordnung ein verjährter Wechsel auch nicht mehr als Beweismittel für das Rechtsgeschäft, welches den Wechsel veranlaßt habe, dienen könne, und ein Anspruch gegen den Aussteller nur noch insoweit stattfinde, als er sich mit dem Schaden des Wechselinhabers bereichern würde. Diese Voraussetzung liege aber nicht vor, da er die 200 Thlr. nicht erhalten habe. Der Kläger bestritt jene Rechtsansicht und trat noch den Beweis darüber an, daß er die 200 Thlr. vor dem Verklagten und dem Z. baar aufgezählt, und daß Z. das Geld auf den ausdrücklichen Wunsch des Verklagten an sich genommen habe.

Der Ansicht des Verklagten beipflichtend, erkannte jedoch das Appellationsgericht zu Cöslin abändernd dahin, daß der Kläger angebrachtermaßen abzuweisen sei.

In dieser Entscheidung wurde auf Grund der Art. 83 und 98 der deutschen Wechselordnung angenommen, daß „bei verjährten Wechseln eine Klage aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft nicht stattfinde, der Wechsel sei nun als über die Schuld aus einem gegebenen Darlehn oder über rückständige Zahlungen für kreditirte Waaren, oder aus welchem Rechtsgeschäfte sonst ausgestellt." Der Wechsel selbst sei die Erfüllung der etwaigen causa precedens und die Klage aus dieser erlösche durch den dazwischen tretenden Literal-Contract, welcher insoweit eine wahre Novation enthalte. Der Gläubiger, welcher einen Wechsel seines Schuldners als Erfüllung der Verbindlichkeit des Letztern angenommen, habe nicht zwei concurrirende Klagen: eine aus der ursprünglichen Verpflichtung und eine aus dem Wechsel, so daß er erstere anstellen könnte, wenn er letztere nicht anstellen wolle. Ihm stehe vielmehr nur die Wechselklage zu, und wenn der Wechsel als solcher verjährt sei, so finde gegen den Aussteller eine Klage nur noch insoweit statt, als er sich mit dem Schaden des Inhabers bereichern würde. Daß dieser Fall hier vorliege, sei nach der Darstellung, welche der Kläger selbst in zweiter Instanz über das Sachverhältniß gegeben, nicht ohne Weiteres anzunehmen. Auch die gesetzlichen Vorschriften von Correal-Verträgen seien auf den vorliegenden Fall unanwendbar, weil sie eben nur in Bezug auf das ursprüngliche Rechtsgeschäft, oder beim Vorhandensein eines Schuldscheins in Betracht kommen könnten, beides aber hier wegfalle, da aus dem ursprünglichen Geschäft nicht geklagt werden könne, und kein Schuldschein, sondern ein Wechsel vorliege. Der Kläger habe hiernach mit der gegenwärtigen Klage abgewiesen werden müssen, und es könnte nur ihm überlassen bleiben, wenn er eine Bereicherung des Verklagten mit seinem Schaden nachweisen könne, deßhalb anderweit zu klagen.

Die vom Kläger gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Obertribunal zu Berlin am 31. Oktober 1854 für begründet erachtet, und unter Vernichtung des zweiten Erkenntnisses auf Bestätigung des ersten Urtheils erkannt.

Gründe:

Dem Imploranten ist darin beizupflichten, daß der Appellationsrichter die Art. 83. 98. 100 der deutschen Wechselordnung auf die eingeklagte Urkunde unrichtig angewendet hat.

In den Art. 77. 78. 100 der Wechselordnung sind die Verjährungsfristen für den wechselmäßigen Anspruch gegen den Acceptanten und Aussteller eines gezogenen und gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels bezeichnet. Der nach Art. 98 No. 10 auch auf eigene Wechsel anwendbare Art. 83 hat dem Appellationsrichter zu der Annahme Veranlassung gegeben, daß jede bestehende Schuld durch Ausstellung und Annahme eines Wechsels über die-

selbe aufgehoben werde, und daß in Folge dessen, wenn der Wechsel als solcher verjährt oder präjudicirt sei, jedes Zurückgehen auf die frühere Verbindlichkeit ausgeschlossen sei. Die Richtigkeit dieser Ansicht kann jedoch im vorliegenden Falle dahin gestellt bleiben, weil die eingeklagte Urkunde, um deren rechtliche Wirksamkeit es sich hier handelt, in der That nicht ein bloser Wechsel im Sinne der deutschen Wechselordnung, sondern gleichzeitig eine civilrechtlich verpflichtende Schuldverschreibung ist, da sie in dem Bekenntniß uber den Empfang baarer Valuta, verbunden mit dem Versprechen der Verzinsung und Rückzahlung an einem bestimmten Tage, zugleich ein baares Darlehen, zu dessen Erstattung sich beide Aussteller, „Einer für Beide und Beide für Einen," verpflichtet, als materielle Grundlage der beigefügten Wechselverpflichtung bezeichnet und darlegt. Daß eine solche Urkunde, wenn gleich als Wechsel verjährt, die Aussteller doch noch aus dem darin niedergelegten Civil-Rechtsgeschäft verpflichtet, kann keinem Zweifel unterliegen, da kein Gesetz vorschreibt, daß eine Urkunde, welche eine Wechselverpflichtung des Ausstellers ausspricht, nicht auch noch andere Willenserklärungen desselben mit Erfolge Rechtens sollte enthalten dürfen. Der Appellationsrichter hat also die oben bezeichneten Artikel der deutschen Wechselordnung unrichtig angewendet, wenn er eine, das Empfangsbekenntniß baarer Valuta enthaltende wechselförmige Schuldverschreibung zweier Correal-Schuldner, weil ihre Wechselkraft verjährt ist, auch nicht als civilrechtlich wirksame Vertragsurkunde anerkannt hat, und seine auf diese irrthümliche Ansicht gegründete Entscheidung mußte vernichtet werden.

In der Hauptsache ist der Einwand des Verklagten, die streitigen 200 Thlr. nicht erhalten zu haben, unerheblich, weil er nicht zugleich bestritten, vielmehr indirect eingeräumt hat, daß Z., welcher die eingeklagte Urkunde mit ausgestellt hat, das Geld erhalten habe; denn in dieser Urkunde, welche nach dem Obigen für das Rechtsverhältniß der Parteien noch maßgebend ist, hat sich der Verklagte mit Z. solidarisch zur Zurückzahlung verpflichtet (A.L.R. Theil I. Tit. 5 §. 430.) Das erste, den Verklagten nach dem Klagantrage verurtheilende Erkenntniß mußte daher bestätigt werden.

Dr. Ladenburg.

II.

Amtsmißbrauch öffentlicher Diener und Amtsverbrechen, durch Verübung gemeiner Verbrechen im Amt. §. 659. 703 St.G.B.

1) Hauptzollamtsdiener Rothmund war beschuldiget, daß er mit einem Schmuggler bei der beabsichtigten Defraudation von Zucker einverstanden und bis zu dem Augenblicke, wo sie sich für entdeckt halten mußten, hiefür thätig war und namentlich durch Aufnahme des Zuckers in die Deklaration die beabsichtigte Defraudation zu verbergen und den Verdacht zu beseitigen behülflich war.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde Rothmund von der Anschuldigung wegen Eingangszolldefraudation von Zucker freigesprochen, weil es sich blos um einen Versuch der Defraudation handelte, das Zollstrafgesetz aber einen strafbaren Versuch der Zolldefraudation nicht kennt.

Dagegen wurde Rothmund des Verbrechens des Amtsmißbrauchs für schuldig erklärt und nach §. 659. 704 St.G.B. bestraft, weil er durch die oben angeführte Handlungsweise sein Dienstverhältniß zum Zwecke widerrechtlicher Benachtheiligung des Staates mißbrauchte. Der Gerichtshof nahm an, daß der §. 703, abgesehen davon, daß diese Gesetzesstelle ihrem Wortlaute nach sich nicht auf Zollvergehen beziehe, hier schon deßhalb keine Anwendung finde, weil jener Paragraph jedenfalls ein strafbares Verbrechen voraussetze, der Versuch einer Zolldefraudation jedoch nicht strafbar ist. Auch ging der Gerichtshof von der Ansicht aus, daß das Verbrechen des Amtsmißbrauchs auch dann als vollendet erscheine, wenn gleich der beabsichtigte unrechte Zweck noch nicht erreicht ist. Es ergibt sich dieses aus der allgemeinen Wortfassung des §. 659 und ist solches zudem in den Kammerverhandlungen ausdrücklich ausgesprochen worden. In dem von Sander in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsbericht heißt es nämlich: „Da der Grund des Verbrechens in der Verletzung der Amtspflicht durch Mißbrauch derselben zu unrechten Zwecken liegt, diese Verletzung aber für sich strafbar ist, so liegt die Vollendung des Verbrechens nicht in der wirklichen Erreichung des unrechten Zweckes, sondern lediglich schon in dem geschehenen Mißbrauch der

Amtsgewalt mit dem vorsätzlichen Zweck der Benachtheiligung oder Unterdrückung Anderer."

Vrgl. Thilos Strafgesetzbuch §. 659 Note 2.

Großh. Oberhofgericht, an welches diese Sache gelangt war, hat sich über die Qualifikation des Verbrechens nicht ausgesprochen, sondern den Rothmund von der Anschuldigung des Verbrechens des Amtsmißbrauchs deßhalb freigesprochen, weil es durch die vorliegenden Beweise von der Schuld desselben sich nicht für vollständig überzeugt hielt.

2) Grenzaufseher Köhle war beschuldiget, daß er an einer von mehreren Personen verübten Eingangszolldefraudation dadurch Theil genommen, daß er, während ihm in seinem Dienste als Grenzaufseher die Bewachung eines Theiles der Schweizergrenze übertragen war, es übernommen habe, den Urhebern der That die zur Ausführung der Zolldefraudation nach seiner Meinung geeignetste Zeit und den zweckmäßigsten Weg anzuzeigen.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde Köhle der mit Mißbrauch seines öffentlichen Dienstes verübten Beihülfe zu einer im Complott ausgeführten Eingangszolldefraudation für schuldig erklärt und nebst einer Geldstrafe auch in eine Gefängnißstrafe verfällt. Man hatte Zweifel, ob im vorliegenden Fall der §. 703 St.G.B. zur Anwendung gebracht werden dürfe, weil in diesem Paragraphen nur auf die in dem Strafgesetzbuch (Tit. IV. §. 142, Tit. IX. bis XLVIII. und L.) mit Strafe bedrohten gemeinen Verbrechen hingewiesen ist, unter diesen aber die Zollvergehen sich nicht befinden. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist jedoch gesagt: „Der Angeschuldigte hat dadurch, daß er selbst an Verübung eines Zollvergehens Theil genommen, ein Amtsverbrechen im Sinn des St.G.B. §. 703 begangen, indem zu den gemeinen Verbrechen nicht nur die daselbst aufgeführten zu rechnen sind, sondern auch die durch andere Gesetze mit Strafe bedrohten Handlungen, sofern sie nicht zu den besonderen Verbrechen der öffentlichen Diener oder Militärpersonen gehören." Hgr.

III.

1) Sind Neuheiten in zweiter Instanz zulässig, wenn ein Rechtsstreit im Exekutivprozeß verhandelt wird?

2) Kann der Richter auch im Exekutivprozesse von der Ausübung des Fragerechts Gebrauch machen?

Pr.O. §. 1172. 694. 696. 697. 277.

Beide Fragen kamen in der Sache Mayer gegen Pfister bei dem mittelrheinischen Hofgerichte zur Berathung und Entscheidung. Die erste Frage wurde bejaht. Es wurde zwar nicht verkannt, daß dem Geiste und Zwecke des Exekutivprozesses, der dazu dienen soll, auf schnelle Weise persönliche Verbindlichkeiten zur Erfüllung zu bringen, es widerstrebt, im zweiten Rechtszuge neue Verhandlungen über noch nicht benützte Thatsachen und Beweismittel zu pflegen. Als entscheidend mußte jedoch der §. 1172 Pr.O. betrachtet werden. Denn dieser läßt neue Beweismittel und neue Thatsachen jeglicher Art in der Appellationsinstanz zu, und schließt von dieser Vergünstigung ausdrücklich nur sechs besonders benannte Fälle aus. Unter diesen sechs Ausnahmen sind die im Exekutivprozeß verhandelten Rechtsstreite nicht aufgeführt. Ihnen muß daher die Vergünstigung des §. 1172 Pr.O. erhalten bleiben. Ein etwaiges Uebersehen des Gesetzgebers darf der Richter nicht verbessern.

Die zweite Frage wurde verneint. Denn der §. 694 Pr.O. verlangt, daß über alle der Klage zu Grunde liegenden und die Ansprüche in jeder erheblichen Beziehung bestimmt bezeichnenden Thatsachen zugleich der Beweis mit fehlerfreien Urkunden angetreten wird, widrigenfalls die Exekutivklage angebrachter Maßen verworfen, und die Verhandlung in der geeigneten Prozeßart eingeleitet wird §. 694. 696; und daß nur solche zerstörliche Einreden vorgebracht werden dürfen, welche sofort erwiesen, oder schnell erweisbar sind, widrigenfalls dieselben zur besonderen Ausführung verwiesen werden. §. 697.

Diese ausdrücklichen, gerade in dem Wesen des schnelle Entledigung heischenden Exekutivprozesses begründeten Vorschriften schließen jeden an Unbestimmtheit, Unvollständigkeit oder Dunkelheit leitenden Vortrag, welcher zur Ausübung des Fragerechtes nach §. 297 Pr.O. Veranlassung geben könnte, von selbst aus. Im Falle ein Vortrag nichts destoweniger an einem solchen Mangel leidet, hat der Richter nach §. 696 oder 697 Pr.O. zu verfahren, das Fragerecht darf er aber nicht ausüben.

Ottendorff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 51. Mannheim, 15. Dezember 1855.

I.

Fälschung öffentlicher Urkunde durch Gebrauch eines falschen Waldhammers.

St.G.B. §. 423. 446. 447.

Die im Jahre 1852 gegen Michael Roth von Döttelbach gepflogene Untersuchung hatte ergeben, daß unter den von dem Angeschuldigten im Jahre 1851 zu verschiedenen Zeiten in den Waldungen der Gemeinde Oppenau und Döttelbach ersteigerten Holzloosen dreißig Baumstämme im Werthe von 150 fl. 30 kr. mit einem falschen Waldhammer angeschlagen worden waren; daß diese falsche Bezeichnung in gewinnsüchtiger Absicht entweder von ihm selbst, oder wenn durch einen Dritten, doch nur auf seine Veranlassung bewirkt worden; daß ferner auch er selbst es war, der den falschen Waldhammer gefertigt hat, oder durch einen Dritten zu jenem Zweck sich hat fertigen lassen. Darauf erkannte das mittelrheinische Hofgericht unter Verweisung auf die §§. 446. 447. 448 des St.G.B. zu Recht:

M. Roth sei der Fälschung *) und des wiederholten Gebrauchs eines falschen Waldhammers zum Nachtheile der Gemeinden Oppenau und Döttelbach im Gesammtbetrage von 150 fl. 30 kr. für schuldig zu erklären und deßhalb zu Arbeitshausstrafe von einem Jahre zu verurtheilen, und der falsche Waldhammer zu confisciren.

Der Verurtheilte hat gegen dieses Erkenntniß rekurrirt, allein das gr. Oberhofgericht hat es bestätigt, und in rechtlicher Beziehung sein bestätigendes Urtheil also motivirt:

„Die That des Recurrenten fällt nicht unter die Bestimmungen der §§. 446. 447 des St.G.B. — Die hierin verordneten Strafen sind nach dem Wortlaute des §. 446 in Uebereinstimmung mit den Motiven zu dem entsprechenden §. 406 des Regierungsentwurfes und den Kammerverhandlungen, denjenigen Personen angedroht, welche ohne selbst einen Gebrauch davon zu machen, offentliche Siegel, Stempel, Waldhämmer u. dgl. unbefugter Weise fertigen, sowie denen, welche diese, oder ihnen anvertraute ächte unter Umständen, welche einen Mißbrauch leicht besorgen lassen, an Dritte abgeben. Wer aber einen falschen Stempel oder Waldhammer zur Verübung eines Betrugs anwendet, begeht das in §. 423 St.G.B. bezeichnete Verbrechen der „Fälschung einer öffentlichen Urkunde."

Im Jahr 1855 war von Joseph Huber von Löcherberg eine gleiche That verübt worden. Derselbe hatte eine Anzahl Holzloose in den Gemeindewaldungen von Petersthal und Löcherberg gesteigert, welche zu dem Gabholz der gedachten Gemeinde gehörten. Nach der dort bestehenden Uebung werden die als Gabholz zu verabfolgenden Bäume von der großh. Bezirksforstei im Einverständniß und unter Mitwirkung der Gemeindebehörden ausgesucht, in Klafter abgeschätzt und in Loose eingetheilt. Am Wurzelstocke der zur Abgabe bestimmten Stämme wird eine Platte von der Rinde entblößt, darauf mit

*) Den Begriff Fälschung als Collectiv-Verbrechen kennt unser Strafgesetzbuch nicht, obschon der XXX. Titel überschrieben ist: Von der Fälschung. Denn die einzelnen Bestimmungen über Fälschung, welche in diesem Titel enthalten sind, haben immer besondere Arten der Fälschung, und zwar entweder Fälschung von Urkunden im engeren, oder von solchen im weiteren Sinne, oder endlich Vorbereitungshandlungen zu Fälschungen (§. 446. 447) zum Gegenstande. Wenn aber Fälschung nur überhaupt als ein Täuschungsmittel zu anderen als den im XXX. Titel genannten Zwecken aufgefaßt wird, so stellt sich dieselbe entweder als das Verbrechen des Betrugs dar (§. 450 u. folg.), oder aber dieselbe begreift nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, sondern die Uebertretung eines Gebotes der Moral, oder Religion in sich, alsdann ist sie nicht strafbar. Deßhalb scheint es mir, könne bei unserer jetzigen Gesetzgebung Niemand des Verbrechens der Fälschung ohne nähere Bezeichnung derselben für schuldig erklärt werden. D. Eins.

Röthel die Loosnummer geschrieben, und der Waldhammer auf diese Nummer geschlagen. Die so gebildeten Loose werden nun entweder den Bezugsberechtigten unmittelbar überwiesen, oder versteigert, und denselben der Erlös eingehändigt. Die Bäume werden jedoch nicht vorher gefällt, sondern noch aufrecht stehend den Bezugsberechtigten oder Steigerern überliefert. Diesen bleibt es überlassen, sie zu fällen und aus dem Walde abzuführen, was Alles unter der Ueberwachung des Waldaufsichtspersonals zu geschehen hat.

Huber hatte sich nun in Straßburg einen falschen Waldhammer fertigen lassen. Als er die Loose gesteigert hatte, so bezeichnete er heimlich je einen oder einige Bäume, welche in der Nähe der von ihm erstandenen Loose standen, mit der Nummer dieser Loose, und schlug auf sie den falschen Waldhammer. Darauf fällte er offen unter den Augen der Waldhüter diese Bäume mit den andern zu seinen Loosen gehörigen, von der Bezirksforstei mit dem ächten Waldhammer angeschlagenen, und den Gemeindebeamten bezeichneten Bäumen. Ehe er jedoch diese gefällten Stämme abführen konnte, wurde die Sache entdeckt, und da er nur hiebfähige Bäume als zu seinen Loosen gehörig fälschlich numerirt und mit dem falschen Waldhammer angeschlagen hatte, so entstund den betreffenden Gemeinden auch kein Schaden.

Der Staatsanwalt am mittelrheinischen Hofgericht beantragte bei der Anklagekammer den J. Huber wegen Fälschung **öffentlicher** Urkunden vor das Schwurgericht zu verweisen, was geschah.

In der öffentlichen Schlußverhandlung bestritt der Vertheidiger das Vorhandensein des Thatbestandes des §. 423 St.G.B. Er wollte in der That des Angeklagten nur einen großen Frevel *) sehen, welcher durch die Fertigung und den Gebrauch eines falschen Waldhammers erschwert sei, und nahm somit nur die Concurrenz eines Vergehens gegen die Strafbestimmungen des Forstgesetzes, und die Bestimmungen des §§. 446. 447 St.G.B. an. Er wies darauf hin, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, und den im Volke lebenden Rechtsanschauungen in dem vorliegenden Vergehen Niemand die Fälschung einer Urkunde, noch vielweniger die einer öffentlichen Urkunde sehen werde. Auch aus den einzelnen Bestimmungen des Titels XXX. des St.G.B. wurde dies darzuthun versucht; so zeigten namentlich — wurde ausgeführt — die Worte in §. 423 „zur betrüglichen Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen," daß unter den Urkunden der §§. 423 und 430 der Gesetzgeber nur solche Urkunden verstehe, welche man im engeren Sinne dieses Wortes darunter begreife. Wo aber das Gesetz andere besondere Arten der Fälschung mit Strafe bedrohe, da habe es dieses Vergehen auch besonders bezeichnet. So gehe er von den Fälschungen der Wechsel, letzten Willen, Handelsbücher, Staatspapiere (§. 432—435) zu der Fälschung von dem, was man im weiteren Sinne Urkunden nenne, über, der Fälschung der Grenzsteine, der Zeichen der Wasserberechtigung, des Stempelpapiers, des Maaßes und Gewichtes, der Gold- und Silberwaaren (§. 438—444) und schließe mit der Fälschung von Stempeln und Siegeln in den §§. 446. 447. Hätte der Gesetzgeber den Gebrauch eines falschen Waldhammers als ein selbstständiges Verbrechen der Fälschung und nicht blos als ein Vergehen gegen die Bestimmung der §. 446. 447 St.G.B. bestraft wissen wollen, so würde er gewiß, wie bei der Fälschung von Grenzsteinen, und den Zeichen der Wasserberechtigung eine besondere Bestimmung getroffen haben.

Es mag wahr sein, daß weder nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, noch nach den im Volke lebenden Rechtsanschauungen das hier in Frage liegende Vergehen unter den Begriff der Fälschung einer öffentlichen Urkunde fällt. Gleichwohl wird das großh. Oberhofgericht in der oben erwähnten Untersuchung gegen Roth, und im vorliegenden Falle der mittelrheinische Schwurgerichtshof, welcher, nachdem die Geschworenen den J. Huber der ihm angemutheten That für schuldig erklärt hatten, ihn wegen Fälschung öffentlicher Urkunden verurtheilte, dieses Vergehen nach unserm St.G.B. *) richtig characterisirt haben.

*) So hatte auch der Angeklagte sein Verbrechen in der Voruntersuchung stets benannt. D. Eins.

*) Der Code pénal behandelt unter der Ueberschrift: „Von der Fälschung" den vorliegenden Fall (Kapitel III. Section I. §. 2). Er stellt ihn gleich der Nachbildung der Staatssiegel, der Bankscheine, der Staatspapiere, der Stempel zu den Gold- und Silberproben, der Papierstempel und anderer Zeichen, und bedroht in gleicher Weise denjenigen, welcher einen als herrschaftliches Forstzeichen dienenden Waldhammer (marteau de l'état servant aux marques forèstres) nachmacht oder verfälscht, wie denjenigen, welcher von einem solchen gefälschten Waldhammer Gebrauch macht, mit zeitlicher Zwangsarbeit. Die Fälschung in öffentlichen Schriften, der Handels- und Bankpapiere bedroht aber der Code pénal mit Zwangsarbeit auf Lebenszeit. Außer diesen Arten kennt der Code pénal nur

Da diese Characterisirung von dem großh. Oberhofgericht in seinen Entscheidungsgründen zu dem oben angeführten Erkenntnisse gegen M. Roth nicht näher begründet worden ist, so mag es gestattet sein, die nicht allein von Männern aus dem Volke, sondern auch von Rechtsgelehrten bezweifelte Richtigkeit dieser Auffassung hier darzuthun:

Die erste zu untersuchende Frage muß sein, ob hier eine Urkunde gefälscht worden ist?

Wie man auch den Begriff des Wortes Urkunde*) auffassen will, zu weit wird man gewiß nicht gehen, wenn man darüber — sowohl im Civil- wie im Strafrechte — solche äußere, bleibende Zeichen versteht, welche dazu gefertigt worden sind, um Andern eine Willensmeinung zu erkennen zu geben. Ob nun diese bleibende Zeichen in Buchstaben, Zahlen oder anderen Merkmalen bestehen, ob sie auf Papier, Holz oder anderen Stoffen angebracht sind, dieß ist gleichgültig. (So stellt auch unser Landrecht den Beweis durch Kerbzettel oder Kerbhölzer unter den Urkundenbeweis. L.R.S. 1333.)

Ist diese Definition richtig, alsdann haben die Gemeinde- und Forstbehörden den zu den einzelnen Loosen gehörenden Bäumen eine Urkunde aufgeprägt. Die Zahl mit Rothstift drückt die Willensbestimmung der Gemeindebehörden aus, daß der damit bezeichnete Baum in dieses oder jenes Loos des Gabholzes gehöre. Das von der großh. Forstbehörde den Bäumen aufgeschlagene Zeichen des herrschaftlichen Waldhammers enthält die Erklärung, daß der Baum hiebfähig sei, daß der Zutheilung dieses Baumes in ein zu fällendes Loos die forstpolizeiliche Zustimmung gegeben werde. So bildet die Vereinigung dieser beiden Zeichen auf den einzelnen Bäumen für den, welcher sich als Eigenthümer des Looses ausweisen kann, die Urkunde, daß er berechtigt sei, alle damit versehenen Bäume zu fällen und wegzuführen.

Ein Zweifel darüber, daß eine solche Urkunde eine öffentliche sei, scheint mir in keiner Weise begründet zu sein. Denn diese Urkunden werden nicht allein

---

noch die Fälschung in Privatschriften und die Fälschungen von Pässen und Certifikaten. Den Begriff der Fälschung einer Urkunde in dem weiten Sinne, wie ihn unsere Sprache aufstellt, kennt der Code pénal nicht.

Die Behauptung, daß der Gebrauch eines falschen Waldhammers kein so schweres Verbrechen sei, wie das der Fälschung einer öffentlichen Urkunde im Sinne des §. 423; daß daher die diesem letzteren Verbrechen gedrohte Strafe, eine in der Natur des Verbrechens selbst nicht begründete Härte enthalte, erscheint somit nach dem Code pénal zwar richtig. Nach unserem Strafgesetzbuche ist sie jedoch jedenfalls insoweit unbegründet, als damit der Satz gerechtfertigt werden soll, der Gesetzgeber habe beide Verbrechen nicht unter einen und denselben Gesichtspunkt stellen können. Denn die außerordentliche Wichtigkeit des forstherrlichen Zeichens des Waldhammers in waldreichen Gegenden und die große Gefahr des Gebrauchs eines falschen Hammers wird Jedem auf den ersten Blick klar werden, wenn er die Tausende von Holzstämmen dem öffentlichen Vertrauen übergeben sieht, ohne ein anderes Merkzeichen des Eigenthümers als der Anschlag mit dem herrschaftlichen oder Privatwaldhammer und einer mit Röthelstift gezeichneten Nummer. Wo aber durch ein Verbrechen ein großer Schaden droht, da ist auch zur Abwendung der großen Gefahr eine schwere Strafe gerechtfertigt. Bedenkt man überdies den großen Spielraum, welchen in §. 423 der Gesetzgeber dem Richter zur Ausmessung der Strafe (Zuchthaus von einem bis sechs Jahren, in leichteren Fällen Arbeitshaus bis zu zwei Jahren) gelassen hat, so ist gewiß nicht zu besorgen, daß im einzelnen Falle eine mit der Verschuldung nicht im Verhältniß stehende Strafe werde ausgesprochen werden. D. Eins.

*) Die mir bekannten Definitionen gehen sehr weit auseinander. Zachariä sagt: „Urkunden sind äußere Zeichen, aus welchen man erkennen kann, daß das und das geschehen sei." (IV. Bd. §. 750.) Merlin, Civilprozeß (§. 205 Note b. S. 359. 11te Auflage) begreift unter Urkunden im weitesten Sinne alle Arten von Beweisführungsmittel, sogar Thiere, Menschen, unter Berufung auf Adelung deutsches Wörterbuch; er bezweifelt aber selbst die Richtigkeit dieses Sprachgebrauchs. Mit dieser Definition übereinstimmend, erklärt Linde, deutscher Civilprozeß §. 272, daß Urkunden im weiteren Sinne, Instrumente, alle Gegenstände seien, wodurch der Richter von einem bestimmten Thatumstande überzeugt werden solle. Er fügt dieser Definition aber sogleich die Beschränkung bei: „Sind dieselben von menschlicher Thätigkeit hervorgebracht und bestehen in schriftlicher Abfassung, so werden sie Urkunden, im engeren Sinne documenta, wo dieses nicht der Fall ist, monumenta, Denkmäler genannt." Nach v. Jagemann Criminallexicon sind Urkunden „durch menschliche Thätigkeit zum Zweck der Erinnerung an eine vergangene Thatsache gefertigte Denkzeichen." Heffter (Criminalrecht §. 634) definiert: Urkunden im weiteren Sinne sind „alle selbstständigen, sinnlichen leblosen Merkmale von Begebenheiten, die somit auch Gegenstand des richterlichen Augenscheins sind, im engeren Sinne aber jeder daseiende Ausdruck der Gedanken oder des Willens in Schriftzeichen, documenta." Aschbach sagt in seinem über den XXX. Titel erstatteten Commissionsberichte an die zweite Kammer: „Von größerer Strafbarkeit sind solche Fälschungen, deren Gegenstand eine Sache ist, worauf man nach dem Gesetze, oder nach der Gewohnheit seine Ueberzeugung baut. Solche als Erkenntnißgründe gefertigte Sachen nennt man Urkunden. Sie bestehen nicht immer in Schriften, sondern auch in andern Sachen, die dazu gefertigt sind, um aus ihren Merkzeichen durch deren Anblick unmittelbar das Dasein einer Sache zu erkennen, wie bei den Stempeln und Grenzsteinen." D. Eins.

von den dazu allein berechtigten öffentlichen Beamten — den Gemeindevorstehern und dem großh. Bezirksförster — gefertigt, L.R.S. 1317, sondern das Zeichen, dessen sich der Letztere dazu bedient, und welches als eine zur Fertigung der Urkunde im Sinne des L.R.S. 1317 erforderliche Feierlichkeit betrachtet werden mag, wird auch in §. 447 St.G.B. selbst ein öffentliches genannt. (— — „an Waldhämmern, Stempeln für Maas oder Gewicht, oder an andern öffentlichen Stempeln." — *)

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage, wann dieses Verbrechen der Urkundenfälschung vollendet ist?

Die §§. 423. 430 St.G.B. verlangen, daß eine Urkunde nicht nur gefälscht, sondern auch von der gefälschten Urkunde als von einer ächten Gebrauch gemacht werde, wenn das Verbrechen als vollendet soll bestraft werden können. Aschbach in seinem Commissionsberichte über den XXX. Tit. verlangt zu dem Begriffe dieses Gebrauchs:

a) daß dabei die gefälschte Urkunde als eine ächte ausgegeben werde,

b) daß dies zum Zwecke der beabsichtigten Täuschung geschehe.

Dagegen wird die Erlangung des angestrebten Geldvortheils von ihm nicht begehrt, was auch das Gesetz nicht fordert. Mir scheint, daß in vorliegendem Falle das Gebrauchmachen von der falschen Urkunde ebenfalls nicht zweifelhaft ist. Denn indem der Angeklagte unter den Augen der Waldhüter, die angewiesen waren, nur solche Bäume fällen zu lassen, welche die fraglichen Zeichen trugen, die mit den gefälschten Zeichen versehenen Bäume fällte, hat er diese Zeichen offenbar als ächte ausgegeben, und gerade zu dem Zwecke um die Waldhüter zu täuschen. Durch das Fällen der Bäume hat er von ihnen Besitz ergriffen. Es war die letzte Handlung, welche er unter dem Schutze der falschen Urkunde vorzunehmen hatte; dieses war gerade der Gebrauch, den er von ihr allein machen wollte — die durch sie beabsichtigte, und erreichte Täuschung des Hutpersonals, um durch diese Täuschung in den Besitz des Holzes zu gelangen.

Das Gleiche wäre wohl auch der Fall, wenn Haber anstatt das Holz selbst zu fällen, die durch die fälschlich beurkundeten Bäume vergrößerten und dadurch im Werthe erhöhten Loose an einen Dritten verkauft hätte. Die falschen Urkunden hätten ihn dem Käufer gegenüber als Eigenthümer dieser Bäume ausgewiesen; und diese Täuschung wäre gerade Zweck seiner Handlung gewesen, weil er dadurch den ihm nicht zukommenden Mehrwerth der Holzloose in dem Gegenwerth des erhöhten Kaufpreises verlangte. — —

Das Argument des Vertheidigers, daß, weil in dem XXX. Tit. die verschiedenen Arten der Fälschung, welche nicht unter den Begriff der Urkundenfälschung im engeren Sinne fallen, einzeln aufgezählt, darunter aber die Fälschung mittelst Gebrauchs eines falschen Waldhammers nicht enthalten sei, der Gebrauch eines solchen Hammers zur falschen Bezeichnung von Bäumen nicht das Verbrechen der Fälschung, sondern nur den Thatbestand der §§. 446. 447 begründe, scheint mir nicht nur irrig, sondern in der folgerichtigen Benützung desselben gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnisse zu führen. Das Gesetz bedroht die Nachbildung ächter Stempel u. s. w., ganz abgesehen, ob der Fertiger dieser falschen Zeichen davon Gebrauch machen will, oder nicht, mit Strafe. *) Diese Nachbildung ist nur eine Vorbereitungshandlung und (§. 108) ausnahmsweise ihrer Gefährlichkeit wegen mit Strafe bedroht. Die Stempel, Siegel und Waldhämmer bilden nicht, wie ich bereits oben in Note **) bemerkt habe, die Urkunden selbst, sondern sie sind nur das Mittel um Urkunden zu fertigen. Erst wenn mit diesen nachgebildeten Werkzeugen falsche Urkunden gefertigt sind, entsteht die Frage, welches neue Verbrechen dadurch verübt worden ist. Die verschiedenen in den §§. 446. 447 genannten Stempel und Siegel deuten theilweise auf verschiedene, besonders ausgezeich-

*) Ein Irrthum, der sich auch in der eben angeführten Stelle von Aschbach's Commissionsbericht und in Feuerbach's peinliches Recht, Ausgabe von Mittermaier, 13te Auflage, Zusatz VII. zu §. 415 eingeschlichen hat, besteht darin, daß auch die Stempel Urkunden, und die Fälschung dieser Stempel als eine Urkundenfälschung bezeichnet werden. Dies ist ganz falsch. Der Stempel ist nicht die Urkunde, sondern nur das Mittel, um die Urkunde zu fertigen. (So sagt auch §. 446 St.G.B.: „wenn die Stempel zu einer Fälschung wirklich gebraucht wurden.") Würde das Zeichen des Waldhammers z. B. mit einem Messer in den Baum eingeschnitten worden sein, es wäre das gleiche Verbrechen, als wenn dasselbe durch Aufschlagen eines falschen Hammers dem Baume aufgeprägt wird. D. Eins.

*) Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. XIII. S. 384. D. Eins.

nete Arten der Fälschung zurück, wie auf die §§. 432. 435. 440. 442. Wenn nun, obschon die Fälschung mittelst eines nachgebildeten Waldhammers im XXX. Tit. nicht als eine besondere Art der Fälschung angeführt, gleichwohl aber schon die unbefugte Fertigung oder Abgabe eines solchen Waldhammers an Andere dann mit erhöhter Strafe bedroht wird, wenn er „zu einer Fälschung wirklich gebraucht" worden ist (§. 446), so liegt darin doch der klare Ausspruch des Gesetzes, daß die That dessen, welcher unbefugter Weise den Waldhammer erhalten, und davon Gebrauch gemacht hat, eben ein Verbrechen und gerade das im XXX Tit. abgehandelte Verbrechen der Fälschung ist. Findet sich nun unter den besonders ausgezeichneten, speciellen Arten der Fälschung die mittelst des Gebrauchs eines falschen Waldhammers bewirkte nicht, so geht daraus ja gerade hervor, daß diese Fälschung unter den allgemeinen Begriff der Urkundenfälschung, wie er in den §§. 423. 430 gezeichnet ist, fällt. Damit scheint mir das Argument des Vertheidigers zu seiner eigenen Widerlegung zu dienen.

Ottendorff.

II.

1) Ueber die Auslegung des §. 704 des Strafgesetzbuchs, und insbesondere darüber, daß derselbe auf Ortsstiftungsverrechner keine Anwendung findet.

2) Wenn im Falle der Rechnersuntreue ganz oder theilweise Ersatz geleistet wird, so entscheidet nicht das richterliche Ermessen, sondern das reine mathematische Verhältniß, ob gar keine Freiheitsstrafe zu erkennen ist, oder ob und bis zu welchem Theile eine solche eintreten darf.

3) Die Dienstentlassung ist zu erkennen, wenn und obschon der Schuldige seinen Dienst freiwillig niedergelegt hat.

4) Bei der Rechnersuntreue bilden der Dienstgelübdebruch und die Unterschlagung der Kassengelder keine besonderen Vergehen.

Der §. 704 des St.G.B. bestimmt: „Gegen denjenigen, der, ohne ein ständiges öffentliches Amt zu bekleiden, die Strafe der Dienstentlassung oder Dienstentsetzung verschuldet, tritt statt derselben die im §. 169 *) bestimmte stellvertretende Strafe ein." Derselbe erhielt durch §. 2 Ziff. 4 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 folgenden Zusatz:

„Insbesondere finden die Vorschriften über Verletzung der Amtsverschwiegenheit (§§. 660—661) über Bestechung (§§. 662 664—666. 669. 670) wissentliche Verletzung der Richterpflicht (§. 673), und Unterdrückung von Urkunden (§. 679) und die im §. 169 festgesetzten stellvertretenden Strafen auch auf die Geschworenen und auf andere Personen Anwendung, die, ohne in einem öffentlichen Richterdienste zu stehen, vorübergehend zur Ausübung von Richterpflichten berufen sind."

Abgesehen von den ausdrücklich genannten Geschworenen ist es daher Sache der Auslegung, zu ermitteln, welche Personen unter diese Gesetzesvorschrift fallen, und eine Erörterung hierüber scheint mir um so mehr gerechtfertigt, als die Erfahrung lehrt, daß eigentliche Staatsdiener, bei welchen die Ständigkeit des Amts unzweifelhaft ist, äußerst selten vor den Strafrichtern erscheinen, mithin fast regelmäßig, wenn die Gerichte über eines der Vergehen des Titel XLIX. des St.G.B. zu urtheilen haben, die Frage über die Anwendbarkeit des §. 704 beantwortet werden muß.

Schon der Entwurf des St.G.B. enthielt in dem, unserem §. correspondirenden, §. 658 die wörtlich gleiche Bestimmung, nur befand sich darin ein Zwischensatz, wonach die stellvertretende Freiheitsstrafe dann wegfallen sollte, wenn der Schuldige durch eine Staatsprüfung die Befähigung zur Praxis und Anstellung im öffentlichen Dienste erlangt habe, weil gegen einen solchen nach Maßgabe der §§. 24 und 45 des Entwurfs statt der Dienstentsetzung und Dienstentlassung die bleibende oder zeitliche Entziehung jener Befähigung eintreten sollte. In Folge der Anträge der Commission der II. Kammer wurden jedoch sowohl die §. 24 und 45 des Entwurfs, als auch der darauf beruhende Zwischensatz des §. 658 des Entwurfs gestrichen, was in dem Commissionsberichte zu §. 24 da-

*) Alle mir zugängliche Ausgaben des St.G.B., nemlich jene von Jagemann und Thilo, die kleine bei Macklot erschienene, sowie namentlich auch die Amtliche in 4° citiren irrig den §. 159 statt 169, während in dem durch §. 2 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 verfügten Zusatze sich das richtige Citat, §. 169, findet.
D. E.

mit begründet wird, daß der Mehrheit der Commission jene Bestimmung theils unklar und einer schwankenden Auslegung Raum gebend, theils für viele Fälle zu hart, theils endlich — in Fällen der verschuldeten ungemilderten Zuchthausstrafe — meist überflüssig erscheine. In den Motiven der Regierung zu §. 658 des Entwurfs ist nur jener später gestrichene Zwischensatz mit einigen Worten gerechtfertigt, und in dem von dem Abgeordneten Sander der II. Kammer erstatteten Commissionsberichte wird bei §. 658 des Entwurfs lediglich des Grundes zu dem beantragten Striche jenes Zwischensatzes gedacht und deßhalb auf die oben mitgetheilte Bemerkung bei §. 24 des Entwurfs verwiesen.

Soweit also §. 658 des Entwurfs in das St.G.B. übergegangen ist, und den jetzigen §. 704 bildet, läßt sich für seine Erläuterung aus jenen Auslegungsquellen direkt nichts entnehmen. Hervorzuheben ist jedoch, daß nach den Regierungsmotiven zu §§. 606 und 607 des Entwurfs (§§. 657. 658 St.G.B.) der Unterschied zwischen eigentlichen Staatsdienern, die unter dem Edikte v. 31. Januar 1819 begriffen sind, und anderen öffentlichen Dienern für den Begriff der Amtsverbrechen überhaupt ohne Belang ist, und daß auch für die niederen Diener (St.G.B. §. 658) nur in den §§. 615. 655. 656 des Entwurfs (§. 663. 707. 708 St.G.B.) besondere Bestimmungen getroffen sind, woraus hervorgeht, daß unser §. 704 nicht für eine besondere Klasse der öffentlichen Diener berechnet ist, und namentlich, daß nicht alle niederen Diener schon als solche darunter fallen. Einen weiteren, bereits von Haager Annalen XXII. S. 118 angedeuteten Anhaltspunkt zur Auslegung des §. 704 gewinnt man daraus, daß dessen Grund offenbar darin besteht, daß für solche öffentliche Diener, welche in ihrem Amte den Lebensberuf und die Nahrungsquelle haben, der Verlust ihres Dienstes eine sehr schwere Strafe ist, mithin für Andere, bei welchen jene Verhältnisse nicht statt finden, ein entsprechendes Surrogat geschaffen werden muß. Diesen Character der Dienststrafen erwähnt auch Sander im Eingange seines Commissionsberichtes über Titel L. u. LI. des Strafgesetzentwurfs (Titel XLIX. u. L. des St.G.B.), indem er sagt: „Enthält das Amtsverbrechen zugleich ein gemeines Verbrechen, so tritt der Dienststrafe der Entsetzung oder Entlassung noch die gemeine Strafe des gemeinen Verbrechens hinzu, und geschieht dies auch hie und da nicht im ganzen Maß, so darf man nicht aus den Augen verlieren, daß diese Dienststrafen für die Staatsdiener einen äußerst empfindlichen Verlust ihres ganzen, nicht selten nur an den Dienst gebundenen Nahrungsstandes mit sich führen, und so den Diener oft schwerer treffen, als die den sonstigen Bürger in der Regel treffenden Freiheitsstrafen.“

Sehen wir uns in der Literatur um, so finden sich meines Wissens nur die im Folgenden erwähnten sämmtlich von Haager veröffentlichten Entscheidungen einzelner Fälle. In Annalen XXI. S. 128 ist ohne nähere Begründung mitgetheilt, daß von dem Hofgerichte des Seekreises und übereinstimmend hiermit von dem Oberhofgerichte nach Maßgabe des §. 704 als Diener, welche kein ständiges öffentliches Amt bekleiden, mit stellvertretender Freiheitsstrafe belegt wurden:

1) Gemeindebeamte, z. B. Gemeinderechner, welche nur für eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt waren;
2) ein widerruflich angestellter Postexpeditor.

Daß dagegen von dem Schwurgerichtshofe des Seekreises ein Lokalstiftungsverrechner, über dessen Amtsdauer nichts bestimmt war, als ein solcher betrachtet wurde, der ein ständiges öffentliches Amt bekleide.

Nach Annalen XXII. S. 118 hat das Oberhofgericht in zwei Fällen den §. 704 auf Gemeinderechner angewendet, weil und insofern dieselben nur auf eine bestimmte Zahl von Jahren ernannt waren, und es ist dort in der Recursausführung des Staatsanwalts noch der oben gedachte Grund des Gesetzes benützt. In Annalen XXII. S. 374 endlich findet sich ein Urtheil des Hofgerichts des Seekreises, wonach ein Accisor, weil solche nur widerruflich angestellt werden, als unter die Vorschrift des §. 704 fallend angesehen wurde.

Zunächst sei es mir erlaubt, einige Bedenken hinsichtlich dieser Entscheidungen vorzutragen. Wenn man auf die Gemeindebeamten, weil und sofern sie auf eine bestimmte Reihe von Jahren ernannt sind, stets den §. 704 anwenden will, so geräth man meines Erachtens häufig in Widerspruch mit dem Grunde des Gesetzes, denn in allen größeren Gemeinden, namentlich in den Städten, sind die Aemter des Bürgermeisters, Gemeinderechners und Rathschreibers so wichtig und schwierig, daß sie die volle Thätigkeit eines Mannes in Anspruch nehmen, weßhalb denn auch ein entsprechendes, den Gehalt mancher Staatsdiener übersteigendes, Einkommen damit verbunden ist. Für solche Gemeindebeamten ist daher ihr Dienst nicht selten ebensosehr Lebensberuf und Lebensfrage, wie für

Staatsdiener, und dessen Verlust für Beide eine gleich empfindliche Strafe. Können nun auch Gemeinderechner auf Lebenslang ernannt werden, so ist es doch nicht immer der Fall, und die Amtsdauer der Bürgermeister beträgt 9 oder 6 Jahre, die Rathschreiber aber können nur auf eine bestimmte Zeit ernannt werden. §. 30 32. 34 des Gesetzes vom 25. April 1851 (Reg.-Bl. No. XXXII.)

Nach der Entscheidung des obersten Gerichtshofs müßten daher alle diese Beamte vorkommenden Falls mit der stellvertretenden Gefängnißstrafe belegt werden, und würden daneben im Wege der Verwaltung unfehlbar von ihrem Amte entlassen werden (§. 38 des allegirten Gesetzes), wären also doppelt bestraft, während dasjenige Maas von Strafe, welches das Gesetz will, durch den richterlichen Ausspruch der Entlassung oder Entsetzung vom Dienste erreicht wird, zumal, wenn man außer dem Obigen noch die Nebenfolgen dieser Strafen erwägt. St.G.B. §. 21. 22. 44. 45. Für meine Ansicht, daß §. 704 nicht unbedingt auf Gemeindebeamte Anwendung findet, scheint mir der Umstand zu sprechen, daß §. 38 des angeführten Gesetzes vom 25. April 1851 unter Ziff. 2 die Entlassung durch richterliches Urtheil als möglich erwähnt, welche Gesetzesstelle sich nicht allein auf Bürgermeister, Gemeinderäthe und Rathschreiber, sondern auch nach §. 127 der alten Gemeindeordnung in Verbindung mit der Verordnung vom 25. November 1853 (Reg.-Bl. No. XLVII.) auf Gemeinderechner bezieht.

Will man daher nicht, wie mir die Consequenz zu verlangen scheint, die genannten Gemeindebeamten unbedingt von der Anwendung des §. 704 ausschließen, so muß man ohne Unterschied, ob das Amt auf Lebensdauer oder auf eine bestimmte Reihe von Jahren verliehen ist, nach dem Grunde und Geiste jener Gesetzesstelle sich darnach richten, ob im einzelnen Falle das Gemeindeamt den gleichen Charakter hat, wie ein Staatsdienst.

Die Widerruflichkeit, welche in zwei Entscheidungen den Grund bildete, um gegen einen Postexpeditor und einen Accisor statt der Entlassung die stellvertretende Freiheitsstrafe zu erkennen, ist meines Dafürhaltens dazu nicht geeignet. Die meisten, wenn nicht alle niederen Diener (§. 658 St.G.B.), sind willkührlich entlaßbar, und würden in Folge der Anwendung des §. 704 St.G.B. gleich den Gemeindebeamten doppelt bestraft, ja noch mehr, als diese, weil bei ihnen regelmäßig das Diensteinkommen die Grundlage, oft sogar die einzige Quelle des Nahrungsstandes ist. Auch läßt sich, wie erwähnt, aus den Regierungsmotiven folgern, daß die niederen Diener keineswegs schon als solche, d. h. wegen der Widerruflichkeit ihres Dienstes unter §. 704 fallen. Daß das Argument auch viel zu weit führt, zeigt §. 3 des Dieneredikts vom 31. Januar 1819 (Reg. Bl. No. IV.) wonach sämmtliche weltliche Civilstaatsdiener, deren Dienstzeit unter 5 Jahren beträgt, widerruflich angestellt sind und ohne Angabe eines Motivs und ohne Pension entlassen werden können. Gewiß wird Niemand daran zweifeln, daß die Amtsrichter, die Mitglieder der Gerichtshöfe und die Verwaltungsbeamten ein ständiges Amt begleiten, also nicht nach §. 704 St.G.B. beurtheilt werden dürfen, wenn sie auch ihr 5. Dienstjahr noch nicht zurückgelegt haben und deßhalb noch willkührlich entlaßbar sind.

Mir scheint es, man müsse in Uebereinstimmung mit den hier entwickelten Grundsätzen bei der Auslegung des §. 704 so zu Werk gehen, wie es in den, auch einige andere Fragen berührenden, Entscheidungsgründen zu dem Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 17. November v. J. in der Untersuchungssache gegen Claudian Fait von Reichenbach, wegen Rechnersuntreue, geschehen ist. Dieselben besagen:

Der Angeschuldigte wurde am 1. September 1849 als Rechner des Kirchenfonds zu Reichenbach handgelübdlich verpflichtet und verwaltete dieß Amt bis zum Anfange des Jahres 1854. Bei seinem Dienstaustritte zeigte sich in seinem Rechnungswesen eine solche Unordnung, daß eine förmliche Liquidation und Abrechnung vorgenommen werden mußte, wobei sich ein Rezeß von 634 fl. 28 kr. herausstellte. Hievon ist er geständig, 197 fl. 21 kr. in eigenen Nutzen verwendet zu haben, und bei der Unordnung, in welcher sich das Kassenwesen mit in Folge seiner Geschäftsunkenntniß befand, muß man sich an sein Gedächtniß halten, denn eines Theils ist es unzweifelhaft, daß der Abgang in der Kasse des Angeschuldigten noch weit größer war, und andern Theils fehlen Inzichten dafür, daß er von diesem Abgange eine größere Summe, als er zugesteht, in seinen Nutzen verwendet hat, weßhalb er des Vergehens der Rechnersuntreue im Betrage von 197 fl. 21 kr. schuldig erscheint. St.G.B. §. 687. 689. Da der Angeschuldigte den Fond theils durch baaren Ersatz, theils durch Stellung zahlungsfähiger, sammtverbindlicher Bürgen vollkommen befriedigt hat, so fällt die sonst eintretende Freiheitsstrafe ganz hinweg. *)

*) Bei der Berathung wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht ungeachtet der vollständigen Befriedigung des Beschädigten ein Theil

Demnach kann denselben nur noch die Strafe der Dienstentlassung oder Dienstentsetzung treffen, von welchen jedoch bei den mancherlei zu seiner Entschuldigung sprechenden Umständen nur die mildere der Dienstentlassung zur Anwendung kommen kann. Zunächst fragt es sich nun, ob der Angeschuldigte ein ständiges öffentliches Amt begleitete, oder ob dieß nicht der Fall war, und daher gemäß St.G.B. §. 704 eine stellvertretende Freiheitsstrafe eintreten muß? Nach seiner und des Stiftungsvorstands Erklärung war der Angeschuldigte, obwohl ohne Kündigungsfrist willkührlich entlaßbar, doch auf unbestimmte Zeit zum Rechner ernannt worden, und mithin war sein Rechneramt kein vorübergehendes, sondern ein dauerndes, und nur auf vorübergehende Dienstfunktionen ist §. 704 St.G.B. gerichtet, wie sich aus dem durch §. 2 des Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851 zu diesem §. gemachten Zusatze und daraus ergibt, daß der Gegensatz von „ständig" eben „vorübergehend" ist. *) Der Umstand, daß der Angeschuldigte willkührlich entlaßbar war, ändert an diesem Begriffe der Ständigkeit des Amts nichts, wie sich dieß denn auch bei den meisten niederen Dienern und sogar bei den wirklichen Staatsdienern vor Zurücklegung des fünften Dienstjahres ebenfalls findet.

Wie demnach die obige Frage zu verneinen ist, so ist es auch die weitere, ob die stellvertretende Strafe des §. 169 St.G.B. deßhalb einzutreten habe, weil der Angeschuldigte das Rechneramt längst nicht mehr begleitet? Es mangelt nemlich die Voraussetzung dieser Gesetzesstelle, daß der Angeschuldigte sein Amt in Folge eines Erkenntnisses verloren habe, da er solches erwiesener Maßen freiwillig niedergelegt hat. Dieser freiwillige Rücktritt ist übrigens kein Hinderniß, die wohlverdiente Strafe der Dienstentlassung in dem Urtheile auszusprechen, da dieselbe nach St.G.B. §. 44. 45. nachtheilige Folgen hat, welche der freiwillige Rücktritt nicht herbeiführt. Thilo Note 2 zu §. 159. Daß nicht zugleich von dem Vergehen der Unterschlagung die Rede sein kann, ergibt sich daraus daß die Veruntreuung der anvertrauten Kassengelder schon zum Begriffe der Rechnersuntreue gehört.

Ebenso bildet die Verletzung des von dem Angeschuldigten geleisteten Dienstgelübdes nicht das Vergehen des Bruchs eines Versprechsgelübdes, da sich §. 504 St.G.B. nach seiner Fassung nicht auf die Dienstgelübde, welche nur allgemeine Versprechgelöbde sind, vielmehr nur auf die besonderen Versprechsgelübde bezieht. *)

der Freiheitsstrafe erkannt werden dürfe, allein man vereinigte sich dahin, daß durch §. 692 das rein mathematische Verhältniß zwischen Ersatz und Wegfallen der Freiheitsstrafe vorgeschrieben (Thilo Note 2 zu §. 694), somit das richterliche Ermessen hierin ausgeschlossen sei. Vrgl. St.G.B. §. 395. 406. 457. —

D. E.

*) Hieraus muß auch gefolgert werden, daß die immerhin wenigstens auf eine längere Reihe von Jahren ernannten Gemeindebeamten nicht unter den §. 704 fallen.

D. E.

Nachtrag.

Im Einklange mit meiner Ansicht über die Auslegung des §. 704 St.G.B. steht eine, mir zufällig erst jetzt bekannt gewordene, Entscheidung in U.S. gegen Ambros Adam von Sasbachried, wegen Rechnersuntreue. Durch das in dieser Sache ergangene Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 14. April v. J. bestätigt durch Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 18. August v. J. wurde der Angeschuldigte, welcher zugleich Schuhmachermeister und Unterheber (Accisor) war, wegen Rechnersuntreue zur Dienstentlassung verurtheilt.

Dr. Buchelt.

*) In dem Antrage der vorgesetzten Verwaltungsbehörde war der Angeschuldigte ausdrücklich auch wegen Unterschlagung und Gelübdebruchs vor den Richter gestellt worden, weßhalb sie in den Entscheidungsgründen erwähnt werden mußten.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXII. No. 52. Mannheim, 22. Dezember 1855.

I.

Landstreicherei.

§. 639 ff. St.G.B.

Annalen XIX. S. 81 ff.

Die Untersuchungen wegen Landstreicherei haben sich in letzter Zeit in bedeutendem Maße vermehrt und insbesondere sind es Ausländer, namentlich Würtemberger, welche sich dieses Vergehens schuldig machen. Diese kommen gewöhnlich zur Winterszeit, wo Arbeit und Verdienst seltener ist, in unser Land, wo sie wegen arbeitslosen Herumziehens aufgegriffen, dann wegen Landstreicherei in Untersuchung gezogen, einige Monate eingesperrt und beim Eintritt der besseren Witterung wieder entlassen werden. Da nach §. 639 St.G.B. stets auf Kreisgefängniß zu erkennen ist, und daher jeweils die Ablieferung der Verurtheilten an entferntere Orte zu geschehen hat, so erwachsen hiedurch bedeutende Kosten, deren Ersatz bei der Unvermöglichkeit der Sträflinge nie zu erwarten steht.

Es ist daher wohl der Mühe werth, die Erfordernisse, des Thatbestandes der gewöhnlichen Landstreicherei (§. 639) näher zu erörtern. Vor Allem ist

a) zu prüfen, ob bei den früheren polizeilichen Bestrafungen wirklich ein wahres Herumziehen außer dem Wohnsitze ohne ordentlichen Erwerbszweig oder genügende Mittel des Unterhaltes und ohne Nachweisung eines erlaubten Zweckes stattgefunden hat. Denn die Bestimmung in §. 186 St.G.B., wonach dem Richter das Recht zukömmt, die Rechtmäßigkeit der früheren Erkenntnisse zu prüfen, muß wohl auch hier Anwendung finden. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde daher schon in mehreren Fällen der Thatbestand einer gerichtlich strafbaren Landstreicherei nicht als vorhanden angenommen, wenn in den polizeilichen Untersuchungen nicht ermittelt war, daß dem Angeschuldigten wirklich ein wahres Herumziehen zur Last gefallen sei. (Vrgl. Thilo's St.G.B. S. 492 Note 6 zu §. 640.)

b) Um eine gerichtliche Bestrafung wegen Landstreicherei eintreten lassen zu können, muß eine zweimalige polizeiliche Bestrafung wegen Herumziehens im Verlaufe der letzten 3 Jahre vorausgegangen und vor der abermaligen Uebertretung das frühere Erkenntniß jedesmal verkündet worden sein, da die Vorschrift in §. 184 Ziff. 1 St.G.B. hier gleichfalls in Anwendung zu bringen ist. Von dem Hofgerichte des Seekreises wurde auch erkannt, daß polizeiliche Erkenntnisse wegen Bettels nicht geeignet seien, um als Grundlage zur gerichtlichen Bestrafung wegen Landstreicherei zu dienen.

c) Zur gerichtlichen Bestrafung wegen Landstreicherei gehört ein wirkliches Herumziehen im Lande. Wenn daher ein Ausländer gleich beim Eintritt in das Land betreten wird, so kann er nicht wegen Landstreicherei bestraft werden. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde schon in einigen Fällen der Thatbestand einer gerichtlich strafbaren Landstreicherei nicht als vorhanden angenommen, wenn ein Ausländer in der Nähe der Gränze, z. B. auf einem an der Gränze liegenden Bauernhofe, betreten ward, ohne daß ihm nachgewiesen werden konnte, daß er im Inlande noch weiter herumgezogen war.

d) Bei dem gedachten Gerichtshofe bestand aber darüber Zweifel, ob der §. 639 überhaupt auf Ausländer Anwendung finde? Von der Ma-

jorität wurde diese Frage bejaht und sie kam nun auch zur Entscheidung des obersten Gerichtshofes.

B. J. Heidle von Ballmannsweiler, königl. Würtemb. Oberamts Schorndorf, wurde am 6. Oktober v. J. unweit der Stadt Meßkirch betreten, ohne daß er einen ordentlichen Erwerbszweig oder genügende Mittel seines Unterhalts und einen erlaubten Zweck seiner Reise nachzuweisen vermochte; vielmehr machte er dem ihn verhaftenden Gendarmen gegenüber, sowie bei dem Bezirksamte Meßkirch ganz verschiedene, sich widersprechende und unglaubwürdige Angaben und gestand er, daß er schon beim Eintritt in das Inland kein Reisegeld mehr gehabt und deßhalb gebettelt habe. Derselbe war schon mehrmals wegen arbeitslosen und zwecklosen Herumziehens, sowie wegen Bettels polizeilich und sodann wegen Landstreicherei und wegen Rückfalls in dieses Vergehen von den würtembergischen Gerichten bestraft. Er wurde daher von dem Hofgericht des Seekreises wegen zweiten Rückfalls in die Landstreicherei verurtheilt.

Die Staatsbehörde ergriff hiegegen den Rekurs zu Gunsten des Angeschuldigten und begründete denselben folgendermaßen:

Es müsse unterschieden werden zwischen der gewöhnlichen (§. 639) und der qualificirten Landstreicherei (§. 641.) Nur bei der letzteren fänden die Bestimmungen des Strafgesetzes auch auf Ausländer wegen der Gemeingefährlichkeit Anwendung, nicht aber auch bei der Ersteren, wo sich aus den Kammerverhandlungen — und zwar aus dem von Litschgi erstatteten Commissionsberichte ergebe, woselbst gesagt sei: „Bei den hier (§. 639) gedrohten Freiheitsstrafen ist es im Ganzen nicht auf eine lange Dauer abgesehen, was darum nicht nöthig ist, weil, wenn nur einmal ein gerichtliches Erkenntniß gegen einen solchen Landstreicher oder Bettler vorliegt, damit ein Anhaltspunkt vorhanden ist, denselben nachher in das polizeiliche Arbeitshaus unterzubringen.“ Nach dem Gesetz vom 30. Juli 1840 (Reg.-Bl. S. 219) können aber nur Inländer in die polizeiliche Verwahrungsanstalt gebracht werden. Daß der §. 639 nur Inländer, nicht aber auch Ausländer im Auge habe, lasse sich sodann aus dem §. 642 in Vergleichung mit §. 18 und 43 St.G.B. entnehmen. Denn nach §. 642 kann in allen Fällen und muß beim Rückfall gegen den Landstreicher und gegen den Bettler, wenn er auch blos zu Kreisgefängniß verurtheilt wird, immer zugleich auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt werden. Bei Ausländern sei nun aber die Stellung unter polizeiliche Aufsicht geradezu unmöglich, daher an deren Stelle bei allen anderen Vergeben der Ausländer die Landesverweisung trete. Nach §. 18. 43 St.G.B. dürfe aber wegen Landstreicherei nur dann auf Landesverweisung erkannt werden, wenn der Ausländer zu einer Arbeitshausstrafe verurtheilt werde, welche Strafe jedoch nicht bei der gewöhnlichen (§. 639), sondern nur bei der qualificirten Landstreicherei (§. 641) ausgesprochen werden könne. Hiernach würden bei der gewöhnlichen Landstreicherei die Ausländer gelinder bestraft als die Inländer, was nicht wohl die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne. Es liege auch ganz in der Natur der Sache, daß die Bestimmung des §. 639 nicht auf Ausländer angewendet werde. Denn eines Theils seien in den einzelnen Staaten die bürgerrechtlichen Verhältnisse und Armenunterstützungsanstalten oft sehr von einander verschieden, und namentlich die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Landstreicherei oft wesentlich andere; andern Theils könne jeder Staat ebenso und mit gleichem Erfolg und noch dazu mit weniger Kosten auf polizeilichem Wege als durch gerichtliche Bestrafung gegen ausländische Landstreicher sich schützen. Jedenfalls aber finde die gerichtliche Bestrafung eines Ausländers nach §. 639 nur dann statt, wenn ein solcher im Inland wirklich herumgezogen sei; es fordere dies der gedachte Paragraph ausdrücklich. Nun sei aber im vorliegenden Falle der Angeschuldigte im ersten Tage, wo er das Inland betreten, bei Meßkirch verhaftet worden, und Meßkirch liege nahe bei der Gränze Hohenzollern-Sigmaringens, woher derselbe dazumal gekommen sei. Derselbe habe zwar beim Eintritt in das Inland gebettelt, hierin liege aber nur der Anfang oder Versuch einer Landstreicherei, welcher nicht gerichtlich strafbar erscheine. Und dafür, daß der Angeschuldigte längere Zeit in Würtemberg und Hohenzollern-Sigmaringen herumgezogen sei, könne derselbe nach §. 5 St.G.B. von den diesseitigen Gerichten nicht bestraft werden.

Zudem fehle es an der Voraussetzung zur gerichtlichen Bestrafung wegen Landstreicherei deßhalb, weil der Angeschuldigte im Jahr 1846 und 1847, wo er wegen Landstreicherei im Ausland zweimal polizeilich und das erste mal gerichtlich bestraft worden, noch nicht 14 Jahre alt gewesen sei, daher die deßfallsigen Erkenntnisse nach §. 29 des VI. Constitutionsedikts von 1808 und §. 80 des

Strafedikts nicht berücksichtiget werden dürfen; weil sodann später im Jahr 1853, 1854 und 1855 der Angeschuldigte nur wegen Bettels polizeilich bestraft worden sei, diese Erkenntnisse aber nicht geeignet seien, als Grundlage zur gerichtlichen Bestrafung wegen Landstreicherei zu dienen, indem der §. 639 ausdrücklich eine zweimalige polizeiliche Bestrafung wegen Herumziehens fordert und der §. 183 Ziff. 7 St.G.B. offenbar nur gerichtliche Urtheile im Auge hat.

Auf diese Momente gestützt, stellte die Staatsbehörde den Antrag, auszusprechen, daß, weil die That durch kein Strafgesetz verboten, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden, sondern der Polizeibehörde die Aburtheilung zu überlassen sei.

Vom großh. Oberhofgericht wurde jedoch das hofgerichtliche Urtheil bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der großh. Staatsanwalt, welcher gegen das hofgerichtliche Urtheil den Recurs ergriffen hat, beantragt die Abänderung dieses Urtheiles dahin, daß, weil die dem Angeschuldigten zur Last gelegte That durch kein Strafgesetz verboten, zur weiteren gerichtlichen Verfolgung kein Grund vorhanden, vielmehr der Polizeibehörde die Aburtheilung zu überlassen sei.

Dieser Antrag wird damit begründet, daß der §. 639 des St.G.B. auf Ausländer keine Anwendung finde, und daß es nebstdem an den Voraussetzungen des Thatbestandes einer gerichtlich strafbaren Landstreicherei fehle.

Allein der §. 3 des St.G.B. will im allgemeinen bei Verbrechen, welche innerhalb der Grenzen des Großherzogthums verübt worden sind, die inländischen Gesetze auf den Ausländer ebenso wie auf den Inländer angewendet wissen; insoferne daher nicht das Gesetz selbst bei einzelnen Verbrechen von jenem Grundsatze eine Ausnahme festsetzt, darf auch der Richter einer Solchen nicht Raum geben. In den Bestimmungen des St.G.B. über das Verbrechen der Landstreicherei ist nun aber zwischen Inländern und Ausländern nicht unterschieden, weßhalb der Ausländer ebenfalls darnach zu richten ist. Wenn auch der Ausländer nicht wie der Inländer unter polizeiliche Aufsicht gestellt und nicht in die polizeiliche Verwahrungsanstalt verbracht werden kann, so folgt daraus nicht, daß die gewöhnliche Landstreicherei nicht der gerichtlichen Bestrafung unterliege, sondern nur, daß gegen den Ausländer, welcher sich jenes Vergehens schuldig machte, die die Stelle jener Aufsicht und jener gefänglichen Verwahrung vertretende polizeiliche Fortweisung aus dem Lande zu erkennen ist. — Keineswegs wird dadurch der Ausländer bei der nicht qualificirten Landstreicherei milder bestraft, als der Inländer; denn weder die polizeiliche Aufsicht, noch die Einsperrung in der polizeilichen Verwahrungsanstalt sind Theile der Strafe [1]), sondern nur Sicherheitsmasregeln, durch welche der nach Verbüßung der Strafe für die öffentliche Sicherheit immer noch gefährliche Verbrecher von Begehung weiterer Gesetzesübertretungen abgehalten werden soll, und welche bezüglich des im Lande bleibenden Inländers das nemliche bezwecken, was durch die Fortweisung des Ausländers erreicht werden will.

Mit Unrecht wird behauptet, daß es auch an den Voraussetzungen des Thatbestandes des in Frage liegenden Verbrechens fehle. — Richtig ist zwar, daß der Angeschuldigte nur kurze Zeit im Großherzogthume erst verweilt hatte, als er betreten wurde, allein darauf, wie lange er im Inlande herumgezogen ist, kommt es nicht an [2]), sondern — wie aus den Worten des §. 639 des St.G.B. klar hervorgeht — nur darauf, ob er außer seinem Wohnsitze ohne ordentlichen Erwerbszweig oder genügende Mittel seines Unterhalts und ohne Nachweisung eines erlaubten Zweckes sich herumgetrieben hat, und daß dieß der Fall war, ist in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen bereits genügend nachgewiesen worden.

Allerdings hatte auch der Angeschuldigte, als er im November 1846 und im Mai 1847 wegen Landstreicherei polizeilich und im August desselben Jahres erstmals gerichtlich bestraft wurde, das 14. Lebensjahr noch nicht erreicht; allein daraus kann nicht gefolgert werden, daß jene früheren Bestrafungen bei der Aburtheilung des jetzigen Vergehens nicht in Anrechnung gebracht werden dürfen; denn wenn der Richter bei seinem Prüfungsrechte früher ergangener Urtheile selbst soweit gehen dürfte, daß er auch die Rechtmäßigkeit der von den Polizeibehörden

[1]) Nach §. 25. 481. 642 St.G.B ist die Stellung unter polizeiliche Aufsicht allerdings ein Theil der Strafe und zwar wie Staatsrath Wolff in seinem Commissionsbericht sagt, ein sehr bedeutendes Strafübel (vergl. Thilos St.G.B. S. 85.)

D. Eins.

[2]) Unter dem Worte „Herumziehen" ist aber offenbar mehr als das blose Verlassen des Wohnsitzes und das blose Betreten eines Landes zu verstehen.

D. Eins.

erlassenen Erkenntnisse nicht anzuerkennen bräuchte, so schließt doch weder der §. 27 des badischen 6. Const.-Ed., noch der §. 80 des Straf-Ed. die polizeiliche Bestrafung von Personen unter 14 Jahren aus; nebstdem ist es aber nicht zulässig, daß bei der Aburtheilung eines unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begangenen Verbrechens theils das alte und theils das neue Recht in Anwendung gebracht wird, weßhalb — wenn frühere Bestrafungen dem künftigen Urtheile als Grundlage dienen sollen — der Richter nur zu ermessen hat, ob — wenn der frühere Fall unter dem neuen Gesetze vorgekommen wäre — dessen Bestrafung — wie sie erfolgt ist — als gerechtfertigt erschiene.

Nach §. 78 des jetzt geltenden Strafgesetzes tritt nun aber die Zurechenbarkeit schon mit dem 12. Lebensjahre ein, und dieses Alter hatte der Angeschuldigte, da er am 1. September 1833 geboren ist, bei den oben erwähnten polizeilichen Bestrafungen und bei seiner erstmaligen gerichtlichen Verurtheilung wegen Landstreicherei längst überschritten, so daß es darauf, ob derselbe zur Zeit jener früheren Vergehen nach damaliger Gesetzgebung zurechnungsfähig war, jetzt nicht mehr ankommen kann. [3])

Hiernach stellt sich der Recurs des großh. Staatsanwaltes als unbegründet dar, weßhalb — wie geschehen — erkannt werden mußte.

In gleicher Weise wurde vom großh. Oberhofgericht in der U.S. gegen Engelbert Schneider von Altoberndorf, würtemb. Oberamts Oberndorf, wegen Landstreicherei erkannt.

Hiernach dürfte als ausgemacht anzusehen sein, daß nach dem Stande unserer jetzigen Gesetzgebung, Ausländer wie Inländer auch wegen gewöhnlicher Landstreicherei zu bestrafen sind. Dagegen verdient die Frage noch eine Erörterung, ob es nicht zweckmäßig und selbst gerecht wäre, in dieser Beziehung eine Aenderung eintreten zu lassen. Wie schon oben erwähnt, so vermehren sich bei uns die Untersuchungen wegen Landstreicherei in bedeutendem Maße, was sich auch leicht erklären läßt, denn kurz und schmal ist unser Land, es zieht die große Straße von Europa durch dasselbe, die körperliche Züchtigung ist abgeschafft, in unseren Gefängnissen ist eine bessere Behandlung und Verpflegung als in den Gefängnissen der meisten Nachbarländer; es ist daher sich nicht zu verwundern, daß viele Fremde, und darunter viel Lumpengesindel in dem gastlichen Baden sich herumtreiben. Während nun durch die gerichtlichen Untersuchungen und Bestrafungen wegen Landstreicherei bedeutende Kosten entstehen, so kann sich unser Staat gegen gerichtlich bestrafte Ausländer nicht besser schützen, als gegen polizeilich bestrafte, nämlich nur durch polizeiliche Fortweisung aus dem Lande. Man vermag daher in der gerichtlichen Bestrafung der gewöhnlichen ausländischen Landstreicher nichts weiteres als eine unnöthige und zweckwidrige Belästigung der Staatskasse zu erblicken.

In Würtemberg werden zwar auch Ausländer wie Inländer wegen Landstreicherei bestraft. Allein in Würtemberg müssen schon deßhalb weniger Untersuchungen gegen Ausländer wegen Landstreicherei vorkommen, weil nach würtembergischem Gesetz §. 124 in der Regel nur inländische, nicht aber auch ausländische Urtheile und Erkenntnisse einen Rückfall begründen. Nur bei ausländischen Landstreichern, welche Raub, Diebstahl oder Betrug gewerbsmäßig verübt haben, werden in Würtemberg auch ausländische Urtheile bei der Qualificirung eines Rückfalls in Anrechnung gebracht. Bei uns aber wird nach §. 184 St.G. bei allen Verbrechen und bei allen Verbrechern allgemein und unbedingt einem ausländischen Urtheil, in Bezug auf Rückfall, die gleiche Wirkung von einem inländischen beigelegt. Dieser Grundsatz entspricht nun weder dem Prinzip der Gerechtigkeit noch der Gesetzgebungspolitik. Denn nach §. 5 St.G.B. kann ein Ausländer wegen der im Auslande verübten Handlungen nach diesseitigen Gesetzen nur dann bestraft werden, wenn die That gegen das Inland oder dessen Behörden oder gegen eine Person im Inlande gerichtet war. Es ist daher im Prinzip ungerecht und unconsequent, bei einem Ausländer wegen der im Auslande verübten Landstreicherei die Rückfallsstrafe in Anwendung zu bringen. Und daß es unpolitisch ist, Ausländer auf Kosten des Landes zu füttern, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Nach diesseitiger Meinung sollte daher eine Aenderung des Strafgesetzes in der Art eintreten, daß der §. 639 auf Ausländer nur dann Anwendung finde, wenn dieselben im Inlande wegen Herumziehens polizeilich bestraft worden sind, und daß gegen Ausländer we-

---

[3]) In den Annalen XXII. S. 328 ist eine gegentheilige oberhofgerichtliche Entscheidung mitgetheilt. Uebrigens tritt in Würtemberg nach Art. 95 St.G.B. schon mit Zurücklegung des zehnten Lebensjahres Zurechnungsfähigkeit ein.

D. Eins.

gen Landstreicherei stets auf Landesverweisung erkannt werden muß. Auch sollte der §. 184 Ziff. 1 dahin abgeändert werden, daß nur inländische Urtheile einen Rückfall begründen und nur bei ausländischen Landstreichern, welche Raub, Diebstahl oder Betrug gewerbsmäßig verübt haben, eine Ausnahme eintrete.

Haager.

II.

Ueber die Dauer des Unterpfandsrechts der Minderjährigen.

L.R.S. 475. 2121. 2135. 2252. 2262.
Annalen XVII. No. 27. II. S. 214.
Jahrbücher n. F. XI. No. 24. 2. S. 118.

Der Vormund kann außer den Verbindlichkeiten, die aus seiner Eigenschaft als Vormund entstanden, auch noch von dieser Eigenschaft unabhängige persönliche Verbindlichkeiten gegen seinen großjährig gewordenen Mündel aus besondern Schuldtiteln vor Uebernahme der Vormundschaft gehabt oder während der Vormundschaft überkommen haben, z. B. der überlebende Ehemann die Verbindlichkeit, den Kindern seiner verstorbenen Ehefrau ihr Vermögen herauszugeben, oder der Vormund kann Erbe eines Darleiheschuldners des Mündels geworden sein u. s. w.

Als solch persönlicher Schuldner hat der Vormund vor jedem dritten Schuldner des Mündels Nichts voraus. Der großjährig gewordene Mündel dagegen kann für solche persönliche Verbindlichkeiten des Vormunds, die während der Vormundschaft fällig wurden, das ihm in L.R.S. 2121. 2135 eingeräumte Vorzugsrecht in Anspruch nehmen. Denn in diesem Falle hatte der Vormund die verfallene Verbindlichkeit selbst an sich zu zahlen und in Einnahme zu verrechnen.

„Et generaliter, quod adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet; fortassis et plus; adversus alios enim experiri sine actione non potuit; adversus se potuit."

l. 9. §. 3. D. de admin. et peric. tut.

Zu der Verbindlichkeit, die in einem solchen Falle der Vormund als Schuldner hatte, die verfallene Schuld an sich, den Vormund, zu zahlen, kommt dann noch die Pflicht des Vormunds, von sich, dem Schuldner, die verfallene Schuld zu erheben.

(a se ipso exigere debuit.)

Zachariä §. 264 Note 5 (5. Aufl. Bd. II. S. 99).

Für die Unterlassung dieser Pflicht, die der Schuldner als Vormund hatte, kann er in letzterer Eigenschaft von dem großjährig gewordenen Mündel verantwortlich gemacht werden, und haftet diesem das liegenschaftliche Vermögen des Vormunds als Unterpfand, allein nur in der durch L.R.S. 475 bezeichneten Verjährungsfrist.

Nach Ablauf der 10 Jahre haftet derselbe nicht mehr in der Eigenschaft als früherer Vormund, also auch sein Vermögen nicht mehr als gesetzliches Unterpfand; demungeachtet dauert seine persönliche Verbindlichkeit kraft des ursprünglichen Schuldtitels (ebenso wie seine etwaigen Verpflichtungen aus dinglichen Rechtsverhältnissen) nach L.R.S. 2252. 2262 dreißig Jahre von der Großjährigkeit an fort.

Zachariä, fr. Civilrecht (5. Auflage Bd. I. S. 303.) §. 122 Ziff. 2 vor Note 17.

„Or on ne saurait admettre que la loi, qui veille avec tant de sollicitude sur les biens des mineurs et a la conservation de leur droits, dénature à ce point leurs créances et transforme à leur préjudice la prescription de trente ans, qui leur était seule opposable de la part du tuteur considéré comme leur débiteur personnel, en une simple prescription de dix ans! Non tel n'est pas le but, telle ne saurait être la portée de cette prescription spéciale; la loi a bien voulu mettre, au bout de dix ans, le tuteur à l'abri de toute action, dont la cause serait la tutelle elle-même, les faits de la tutelle; mais elle n'a pas pu vouloir le libérer, par une exception exorbitante et desplus préjudiciables aux mineurs, des créances dont la cause n'appartient pas à la tutelle et dont il aurait été tenu, dans tous les cas, pendant trente ans à compter de la majorité, s'il n'avait pas été tuteur."

Demolombe, traité de la minorité (édition belge p. 285 No. 172).

„Mais enfin, dit-on, on accorde au mineur l'hypothèque légale à raison de ces créances.

Nous répondons: oui, si le mineur en effet les demande, comme il en a le droit à son tu-

teur en cette qualité, et par conséquent dans les dix ans à compter de sa majorité.

Mais il est clair que le mineur n'aurait pas d'hypothèque légale, s'il attaquait son tuteur, non pas à ce titre et en raison de sa gestion, mais en sa seule qualité de débiteur personnel, plus de dix ans après sa majorité."

Demolombe a. a. O. No. 173.

„Mais cette créance sera-t-elle garantie par l'hypothèque légale accordée au mineur sur les biens de son tuteur? Oui, s'il agit dans les dix ans de la majorité; car il manifeste alors l'intention de comprendre cette créance parmi celles dont le tuteur lui doit compte en cette qualité — secus, s'il n'exerce ses poursuites qu'après ce délai, comme créancier personnel de son tuteur; car l'hypothèque légale est éteinte."

Boileux, commentaire, 6ième édition. T. II. art. 475 p. 483.

Nach diesen Grundsätzen erkannte der dritte Civilsenat des Hofgerichts in Mannheim in einem Rechtsfalle, in welchem die Kinder erster Ehe ihren noch unausgeschiedenen Antheil am väterlichen Erbe gegenüber dem Gläubiger geltend machten, welchem ihre überlebende Mutter mit ihrem zweiten Ehemanne während der Minderjährigkeit der Kinder erster Ehe unter andern auch sämmtliche bei der Auflösung jener im Jahr 1820 vorhandene Liegenschaften im Jahr 1836 verpfändet hatte. Die Kinder erster Ehe hatten die, lange Jahre nach ihrer Großjährigkeit, im Vollstreckungswege veräußerten Liegenschaften selbst gesteigert, von dem betreibenden Gläubiger auf Zahlung belangt, Einsprache erhoben, und den Antrag gestellt, ihnen kraft ihres Mit-Eigenthums-Rechts die Hälfte des Erlöses aus jenen Liegenschaften zuzuscheiden, eventuell und für den Rest ihres Erbes ihnen kraft ihres gesetzlichen, dem Pfandgläubiger vorgehenden Unterpfandsrechts auf die Liegenschaften ihrer Mutter ein Vorrecht auf den Steigschilling vor dem Pfandgläubiger zuzuerkennen.

Stf.

III.

1) Entscheidungsgründe sind für die Auslegung eines Urtheils maßgebend.

Annalen XIX. S. 407. XX. S. 283.

2) Das Vorzugsrecht der Kosten der letzten Krankheit ist nicht auf die in den letzten sechs Monaten oder im letzten Jahre entstandenen Kosten beschränkt.

3) Was versteht man unter letzter Krankheit im Falle einer langen Dauer des Leidens, welches den Tod des Gemeinschuldners herbeiführte?

4) Fall der Unzulässigkeit einer Adhäsion.

Der amtliche Ordnungsbescheid in der Ott'schen Gant hatte den praktischen Arzt Grether unter der Bedingung der Leistung zweier Eide über Richtigkeit und Größe seines Anspruchs mit einer ärztlichen Deservitenforderung von 210 fl. 40 kr. in die erste Klasse unter die Kosten der letzten Krankheit locirt. Der Unterpfandsgläubiger Herrmann führte dagegen die Berufung aus, und der Appellat Grether, dessen Coappellation verspätet war, verlangte im Wege der Adhäsion die Beseitigung jener Eide und die unbedingte Zuerkennung seiner Forderung. Das mittelrheinische Hofgericht verwarf jedoch mit Erkenntniß vom 12. Oktober v. J. diese Adhäsion als unzulässig:

„In Erwägung, daß die Anschließung des praktischen Arztes Grether an die Appellation des Pfarrers Herrmann unzulässig ist, weil der Adhärent bezüglich seines Gesuches um Beseitigung der ihm durch das unterrichterliche Urtheil auferlegten Eide nicht nur den Appellanten Herrmann, sondern, wie er sogar selbst anführt, noch andere Gläubiger und namentlich auch die Vertreter der Gantmasse zu Gegnern hat, mithin auch nur ein allen diesen gegenüber ausgeführtes Rechtsmittel von Erfolg sein könnte."

In der Hauptsache wurde der amtliche Ordnungsbescheid mit der einzigen Ausnahme bestätigt, daß dem Appellanten, praktischen Arzte Grether ein weiterer Eid in folgender Formel auferlegt wurde:

„Es ist wahr, daß ich die verstorbene Ehefrau Ott während der ganzen Zeit, auf welche sich meine angemeldete Deservitenforderung bezieht, ohne Unterbrechung an derselben Krankheit behandelt habe, an welcher sie gestorben ist."

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Daß dem Appellaten Grether durch das diesseitige Urtheil vom 25. Oktober 1853, wodurch das amtliche Urtheil vom 18. Mai 1853 aufgehoben wurde, weder seine liquidirte Forderung, noch das hiefür angesprochene Vorzugsrecht aberkannt worden ist, zeigen dessen für seine Auslegung allerdings maßgebende Entscheidungsgründe unwiderleglich, da hiernach die damalige Einsprache des Liquidanten nur als im gewöhnlichen Vollstreckungsverfahren unzuläßig verworfen, und da die Geltendmachung der Ansprüche des Appellaten in der Gant ausdrücklich als zuläßig erwähnt wurde. Alle übrigen auf Größe und Richtigkeit der Forderung bezügliche Einreden sind schon deßhalb unzuläßig, weil nach der ausdrücklichen Behauptung in der Anmeldung dieselbe durch das Liquiderkenntniß vom 13. Juli 1852 rechtskräftig festgestellt war, und jene Einreden nicht auf spätee eingetretenen Umständen beruhen, auch gemäß L.R.S. 2274 durch dieß Erkenntniß die Anwendbarkeit der kurzen Verjährung ausgeschlossen ist. Demnach ist keineswegs der Appellant beschwert, wenn die Forderung des Liquidanten Grether noch von der Leistung zweier Eide abhängig gemacht wurde, vielmehr ist es der Appellat, indessen war bei dem Mangel eines zuläßigen Rechtsmittels desselben hierüber nicht zu erkennen, weshalb auch die im Vergleiche mit den Anträgen des Appellanten in der Einsprache irrige Festsetzung des geringsten Honorars auf 20 kr. (statt auf 40 kr.) per Besuch nicht abgeändert werden konnte.

Dessenungeachtet muß namentlich auch im Hinblicke auf Pr.O. §. 858 geprüft werden, ob das von dem Appellanten angesprochene Vorzugsrecht begründet ist, oder ob dessen Forderung lediglich wegen des ihr kraft des erwähnten Liquiderkenntnisses zustehenden uneingetragenen richterlichen Pfandrechts (L.R.S. 2123) Anspruch auf vorzügliche Befriedigung hat, also gemäß L.R.S. 2218a Z. 4 in die 4 Ordnung gehört? Man kann nun dabei nicht der Meinung beipflichten, daß bei länger dauernden Krankheiten das Vorzugsrecht des L.R.S. 2101 Z. 3 nach der Analogie von L.R.S. 2101 Z. 5 auf die während der letzten sechs Monate erwachsenen Kosten beschränkt werden könne (Brauer IV. S. 126, Stempf Gantrecht S. 151), da dieß den Worten des Gesetzes zuwiderläuft, und eine genügende Rechtsähnlichkeit nicht besteht. Dagegen erscheint als letzte Krankheit allerdings nur jene, welche in ununterbrochener Dauer den Tod des Leidenden herbeigeführt hat, ohne daß Pausen der Besserung und Verschlimmerung eintraten, von denen an man eine neue Wendung, also gewissermaßen den Beginn einer neuen Krankheit rechnen kann. (Vergl. Zachariä II. §. 260. Note 8.) Ist es nun auch im Allgemeinen nicht bestreiten, daß Liquidant die Frau Ott in ihrer letzten Krankheit ärztlich behandelt hat, und könnte auch die Einredebehauptung des Appellanten, daß in dieser Krankheit Unterbrechungen der erwähnten Art stattgefunden haben, nicht durch Gutachten bewiesen werden, so ergibt sich doch immerhin für Letzteres aus den eigenen Angaben des Liquidanten in dem Diarium und aus dem Inhalte seiner Rechnung einiger Beweis, weßhalb die Auflage eines Notheids gerechtfertigt ist. L.R.S. 1367. Pr.O. §. 587.

Dr. Puchelt.

IV.

1) Wie ist die Appellationssumme zu berechnen, wenn gegen einen Ordnungsbescheid hinsichtlich des Vorrangs mehrerer Gläubiger appellirt wird?

2) Nicht die Einreichung der Rechnung, sondern deren Anerkennung unterbricht die Verjährung.

3) Ist der Eid oder das Handgelübde nach L.R.S. 2275 nicht zugeschoben, so darf das Geständniß des Gantmanns, daß keine Zahlung erfolgt sei, nicht berücksichtigt werden.

In Folge der Appellation des Gläubigers Hermann gegen den Ordnungsbescheid in der Ott'schen Gant, welche mir bereits Stoff zu einer Mittheilung gab, kamen auch die obigen Fragen zur Sprache. Diese Appellation war nemlich gleichzeitig gerichtet gegen die Forderung des praktischen Arztes Grether im Betrage von 210 fl. und gegen jene des Chirurgen Markstahler im Betrage von nur 38 fl. Es wurde geltend gemacht, daß das Rechtsmittel in letzterer Beziehung wegen mangelnder Summe unzuläßig sei, weil Markstahler zu dem zweiten Appellaten Grether nicht im Verhältniß eines Streitgenossen (Pr.O. §. 89) stehe und durch das Appellationsverfahren nicht dazu werden könne, indem sich die Vorschrift des §. 90 Pr.O. nur auf die erste Instanz beziehe, und die concurrirenden Gantgläubiger in ihren

Interessen einander entgegenstehen, auch ebensowenig als Chirurg Markstahler durch eine gemeinsame Appellation mit dem praktischen Arzte Grether einem wegen der Kleinheit seiner Forderung unzulässigen Rechtsmittel Eingang verschaffen könne, bei der Gleichheit der Parteienrechte eine gegen Markstahler gerichtete Appellation zugelassen werden dürfe, mithin Pr.O. §. 1157 Ziff. 5 hier nicht anwendbar, vielmehr nach Pr.O. §. 1125. 1226. 1165. 882 die fragliche Appellation zu verwerfen sei.

Der Gerichtshof war jedoch anderer Ansicht, wobei er davon ausging, daß der Appellant Herrmann 400 fl. zu fordern habe, und durch seine Appellation ein seiner Befriedigung entgegenstehendes Hinderniß beseitigen wolle, mithin die Gesammtsumme der Ansprüche der Appellaten im Betrage von 248 fl. maßgebend, darnach aber die Appellation ebenso als zulässig erscheine, wie dies im Hinblicke auf die Forderung des Appellanten selbst der Fall sei.

Nachdem daher das Rechtsmittel zugelassen worden war, wurde durch abänderndes Urtheil vom 16. November v. J. Markstahler mit seiner angemeldeten Forderung abgewiesen.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Einrede der kurzen Verjährung, zu deren Vorschützung der Appellant nach Pr.O. §. 832. 833 befugt ist, erscheint als rechtlich begründet, denn die Forderung des Appellanten für Deserviten, wegen wundärztlichen Verrichtungen bei der Ehefrau Ott stammt aus der Zeit vom 6. März bis 11. September 1851 (Todestag der Frau Ott) war also zur Zeit der Ganteröffnung (15. November 1853) weit über ein Jahr alt, mithin zufolge L.R.S. 2272 verjährt.

Nach L.R.S. 2274a kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß das Anfangsziel der Verjährungszeit der Todestag der Frau Ott ist, zumal da über deren Nachlaß ein Inventar gefertigt wurde, wodurch Appellat noch besonders veranlaßt war, seine Rechnung einzureichen, und da hiemit die vom Appellanten selbst behauptete Ortssitte übereinstimmt.

Gegen die Verjährung wurde nur replizirt, daß Appellat am Schlusse des Jahres seine Rechnung eingereicht habe, und zum Beweise dessen wurde dem Gantmann und dem Massepfleger der Eid zugeschoben, wogegen der Appellant zum Gegenbeweis sich auf das von dem Gantmann in dem älteren Einsprachsstreite abgelegte eidliche Zeugniß berief. Allein die Replik selbst ist verwerflich, weil nach L.R.S. 2274 nicht schon die Einreichung der Rechnung die Verjährung unterbricht, sondern dazu auch deren Anerkennung erforderlich ist, eine solche aber nirgends behauptet wurde. Uebrigens zeigen auch die vorliegenden Akten, und die erwähnten Angaben des Gantmanns, daß der Appellant erst am 12. Juli 1852 eine Rechnung aufstellte, und am 23. September 1852 in dem älteren Einsprachsstreit bei Gericht übergab, selbst aber erst am 21. Oktober 1852 an jenem Prozesse Theil nahm, woraus sich ergibt, daß Appellant erst nach Vollendung der Verjährung seine Rechnung geltend machte.

Man kann auch nicht, wie der Unterrichter that, die Verjährung dadurch als beseitigt ansehen, daß der Gantmann die noch nicht geschehene Befriedigung des Appellaten eingeräumt hat, denn dieser Umstand könnte nur dann von Erheblichkeit sein, wenn sich Appellant darauf berufen oder die durch L.R.S. 2275 ihm gewährte Replik vorgeschützt hätte, was nicht geschehen ist, und was der Richter nicht von Amtswegen ergänzen darf.

Pr.O. §. 5 und arg. L.R.S. 2223. 2223a.

Da demnach die Forderung durch die Einrede der Verjährung zerstört ist, so muß dieselbe abgewiesen werden, wodurch sie gemäß Pr.O. §. 885 nicht nur dem Appellanten, sondern der ganzen Gantmasse gegenüber wegfällt.

Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bader. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.